

ISBN: 978-85-61990-20-6

PRÊMIO

Victor Nunes Leal

2012

LUIZ EDUARDO ABREU

organização


Uniceub
Centro Universitário de Brasília

DIREITO



Luiz Eduardo Abreu
Organização

Prêmio Victor Nunes Leal 2012

O melhor da produção acadêmica do Curso de Direito do UniCEUB



Brasília - 2013

REITORIA**Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

Pró-Reitora Acadêmica**Presidente do Conselho Editorial**

Elizabeth Lopes Manzur

Coordenador do Curso de Direito

Roberto Freitas Filho

Projeto Gráfico

UniCEUB/ACC

Diagramação

Renovacio Criação

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Abreu, Luiz Eduardo (Org.)

Prêmio Victor Nunes Leal 2012: o melhor da produção acadêmica do curso de direito do UniCEUB / Organização Luiz Eduardo Abreu. – Brasília: UniCEUB, 2013.

216 p.

ISBN: 978-85-61990-20-6

1. Direito.

CDU 340

O prêmio Victor Nunes Leal foi criado para premiar, anualmente, as três melhores monografias da Graduação do Curso de Direito defendidas no ano anterior. As indicações são feitas pelos professores que participaram da Banca de Avaliação. Cada professor pode indicar somente uma monografia por ano. Em média, defendem-se de 800 a 1.100 monografias; e são indicadas aproximadamente 5% para concorrer ao prêmio. Uma comissão composta por professores doutores decide dentre as monografias indicadas, quais representam o melhor da pesquisa, da criatividade e dos princípios acadêmicos da Graduação do Curso de Direito do UniCEUB.

Neste volume: Prêmio 2012 (monografias defendidas em 2011)

1º lugar: Amanda Wendt Mitani.

Tema: Políticas de enxotamento de moradores de rua: uma análise do ponto de vista da criminologia crítica. In: Luiz Eduardo Abreu (org.). *Prêmio Victor Nunes Leal 2012: O melhor da produção acadêmica do Curso de Direito do UniCEUB*. Orientadora: Cristina Maria Zackseski. Brasília: UniCEUB. 2013.

2º lugar: Carlos Eduardo Rodrigues Bandeira

Tema: Tutelas de interesses metaindividuais e a maximização do sistema jurídico. In: Luiz Eduardo Abreu (org.). *Prêmio Victor Nunes Leal 2012: O melhor da produção acadêmica do Curso de Direito do UniCEUB*. Orientador: Álvaro Luis de Araújo Ciarlini. Brasília: UniCEUB. 2013.

3º lugar: Marco Luiz dos Mares Guia.

Tema: Hermenêutica filosófica e jurisdição democrática: breve crítica ao substancialismo à luz do debate Gadamer-Habermas. In: Luiz Eduardo

Abreu (org.). *Prêmio Victor Nunes Leal 2012: O melhor da produção acadêmica do Curso de Direito do UniCEUB*. Orientador: Álvaro Luis de Araújo Ciarlini. Brasília: UniCEUB. 2013.

Prêmio 2011 (monografias defendidas em 2010)

1º Lugar: Daniel Vieira Bogéa Soares.

Tema: Ativismo judicial e democracia no Brasil: a atuação do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988 num contexto de judicialização da política. In: Luiz Eduardo Abreu (org.). *Prêmio Victor Nunes Leal 2011: O melhor da produção acadêmica do Curso de Direito do UniCEUB*, Orientador: José Levi Mello do Amaral Junior. Brasília: UniCEUB. 2013.

2º Lugar: Fabíola Maria de Lima e Silva.

Tema: Para inocentar Capitu: crônica de uma trajetória processual. In: Luiz Eduardo Abreu (org.). *Prêmio Victor Nunes Leal 2011: O melhor da produção acadêmica do Curso de Direito do UniCEUB*, Orientador: Luiz Patury Accioly Neto Brasília: UniCEUB. 2013.

3º Lugar: Julia de Miranda Menezes.

Tema: O Instituto do Jus Postulandi perante o TST e o julgamento dos E-AIRR e RR 85.581/03.5: um estudo de caso Brasília: UniCEUB. 2013. In: Luiz Eduardo Abreu (org.). *Prêmio Victor Nunes Leal 2011: O melhor da produção acadêmica do Curso de Direito do UniCEUB*, Orientador: Fernando Hugo Rabello Miranda. Brasília: UniCEUB. 2013,

Prêmio 2010 (monografias defendidas em 2009)

1º Lugar: Hercílio Luiz Tavares Junior.

Tema: O que não está nos autos, não está no mundo...: A diversidade da interpretação da verdade formal no controle do reexame de provas em recursos especiais pelo Superior Tribunal de Justiça. *Universitas JUS*, Orientador: Dilnei Giseli

Lorenzi. Brasília, v. 22, n.1, p. 1-111, jan./jun. 2011 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/1389/1201>

2º Lugar: Isabela Maia Mesquita Martins.

Tema: O indivíduo na condição de sujeito ativo e passivo do direito internacional contemporâneo. *Universitas JUS*, Orientador: Antônio Paulo Cachapuz de Me-deiros. Brasília, v. 22, n.1, p. 113-406, jan./jun. 2011 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/1384/1202>

3º Lugar: Marcelo Bulhões dos Santos.

Tema: O princípio da igualdade no direito islâmico. *Universitas JUS*, Orientadora: Silvia Menicucci de Oliveira Selmi Apolinário. Brasília, v. 22, n.1, p. 407-484, jan./jun. 2011 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/1383/1208>

Prêmio 2009 (monografias defendidas em 2008)

1º lugar: Ana Paula Pinto Damasceno.

Tema: As representações sociais do usuário de maconha sob a política da segurança nacional nas décadas de 60/70. *Universitas JUS*, Orientador: René Marc. Brasília, n. 20, p. 1-85, jan./jun. 2010 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/1233/1053>

2º lugar: Nely Vianna Kauffmann do Nascimento.

Tema: O discurso do afeto. *Universitas JUS*, Orientador: Luiz Patury. Brasília, n. 20, p. 86-144, jan./jun. 2010 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/1234/1052>

3º lugar: Luiz Figueira Cardoso.

Tema: O ditame dos prudentes: o papel da história do direito na doutrina processual civil contemporânea. *Universitas JUS*, Orientadora: Bistra Stefa-

nova Apostolova. Brasília, n. 20, p. 145-248, jan./jun. 2010 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/1218/1054>

Prêmio 2008 (monografias defendidas em 2007)

1º lugar: Graziela Galdino de Moraes.

Tema: Uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais. *Universitas JUS*, Orientadora: Aline Albuquerque. Brasília, n. 18, p. 1-79, jan./jun. 2009 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/733/642>

2º lugar: Fábio Vasconcelos Braga.

Tema: Categorização dos conflitos sociais no Recanto das Emas: um primeiro passo para a prevenção de homicídios. *Universitas JUS*, Orientadora: Cristina Zackseski. Brasília, n. 18, p. 79-118, jan./jun. 2009 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/731/643>

3º lugar: Wellington Holanda Moraes Junior.

Tema: Se o meu fato falasse: um olhar etnográfico sobre a construção dos fatos na audiência trabalhista. *Universitas JUS*, Orientador: Luiz Eduardo Abreu. Brasília, n. 18, p. 119-216, jan./jun. 2009 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/732/644>

Prêmio 2007 (monografias defendidas em 2006)

1º lugar: Cláudia Helena de Campos e Silva.

Tema: O Estado em Habermas e Pontes de Miranda. *Universitas Jus*, Orientador: Luiz Eduardo Abreu. Brasília, n.13/14, p. 8-42, jan./dez. 2007 disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/453/306>

2º lugar: João Marcos Amaral.

Tema: Vinculação da união à norma geral: uma análise à luz da doutrina de Hans Kelsen. *Universitas Jus*, Orientador: José Levi Mello do Amaral Jr. Brasília, n. 13/14, p. 43-93, jan./dez. 2007 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/454/302>

2º lugar: Paula Farani Azevedo.

Tema: Uma etnografia do algodão: estudo etnográfico sobre o “caso do algodão” na OMC. *Universitas Jus*, Orientador: Luiz Eduardo Abreu. Brasília, n.13/14, p. 94-146, jan./dez. 2007 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/455/303>

APRESENTAÇÃO 1

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

INTRODUÇÃO 7

LUÍS CARLOS MARTINS ALVES JR.

“POLÍTICAS DE ENXOTAMENTO” DE MORADORES DE RUA:

UMA ANÁLISE DO PONTO DE VISTA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA 15

AMANDA WENDT MITANI

TUTELAS DE INTERESSES METAINDIVIDUAIS E A MAXIMIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO 101

CARLOS EDUARDO RODRIGUES BANDEIRA

HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA

BREVE CRÍTICA AO SUBSTANCIALISMO, À LUZ DO DEBATE GADAMER-HABERMAS..... 159

MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO

APRESENTAÇÃO

Inocência Mártires Coelho

Em obra instigante, sugestivamente intitulada *Prólogos: com um prólogo dos prólogos*, Jorge Luis Borges afirmou, textualmente, que, ao que ele soubesse, ninguém formulara até então uma teoria do prólogo, mas que essa omissão não deveria nos afligir, pois todos sabemos do que se trata; disse, também – não se expressasse assim e não seria ele o crítico refinado, conquanto mordaz, que tantos admiram –, que na triste maioria dos casos, o prólogo confina com a oratória de sobremesa ou com os panegíricos e abunda em hipérboles irresponsáveis, que a leitura incrédula aceita como convenções. Mais adiante, sentenciou, também, esse intelectual e cidadão do mundo, que o prólogo, quando os astros são propícios, não é uma forma subalterna de brinde, mas uma espécie lateral de crítica, chegando mesmo a enunciar e fundamentar uma estética, como é o caso de Michel de Montaigne, cujo prefácio comovido e lacônico aos seus *Ensaio*s Borges considera não ser a página menos admirável desse livro admirável.

Sob tal concepção de *prólogos, prefácios e apresentações*, sentimo-nos honrado pelo convite do colega e amigo Luiz Eduardo de Lacerda Abreu, para que escrevêssemos algumas linhas introdutórias a este *e-book*, que em boa hora, mais do que justificadamente, ampliará o círculo dos leitores destas monografias de Amanda Mitani, Carlos Eduardo Rodrigues Bandeira e Marco Luiz dos Mares Guia Neto, cuja alta qualidade lhes rendeu o *Prêmio Victor Nunes Leal*, edição de 2011, do Centro Universitário de Brasília.

Pois bem, começemos pelo personagem que deu nome ao prêmio, a figura admirável de Victor Nunes Leal, criatura humana da melhor estirpe e mestre incomparável das ciências sociais, sobretudo da Ciência do Direito, à qual ele dedicou o melhor do seu invejável talento. Esta referência àquele saudoso ministro do STF — necessariamente ligeira, até porque não constitui o objeto desta

apresentação —, tem o propósito de uma carinhosa advertência aos vencedores dessa disputa intelectual, para lhes dizer que, de certa maneira, ao ganharem um prêmio com esse nome emblemático, levarão consigo, além da cobiçada láurea, também a obrigação – se é que ainda não a cumpriram – de se debruçarem sobre o legado cultural com que Victor Nunes Leal enriqueceu o pensamento nacional, perenizado em escritos cuja leitura reputamos incontornável e imprescindível para quem pretenda conhecer o Brasil, como é o caso de *Coronelismo, Enxada e Voto*, que o exímio historiador José Murilo de Carvalho, no prefácio à sétima edição dessa obra seminal, não hesitou em qualificar como o primeiro trabalho moderno de ciência política produzido em nosso país.¹

Feita essa breve digressão sobre as *apresentações* de livros, em geral, e tendo em conta que o mérito dos trabalhos vencedores se evidencia com a sua premiação, de resto fruto de criteriosa análise por seus avaliadores, acreditamos que não fugiríamos ao nosso “dever” de prefaciador desta publicação se nos limitássemos a dizer apenas algumas palavras, poucas mesmo, sobre os temas escolhidos pelos jovens autores dessas monografias – Amanda Wendt Mitani, Carlos Eduardo Rodrigues Bandeira e Marcos Luiz dos Mares Guia Neto –, cujos títulos falam por si mesmos, a saber, respectivamente, “*Políticas de enxotamento*” de moradores de rua: uma análise do ponto de vista da *Criminologia Crítica*; *Tutelas de interesses metaindividuais e a maximização do sistema jurídico*; e, por fim, *Hermenêutica filosófica e jurisdição democrática: breve crítica ao substancialismo, à luz do debate Gadamer-Habermas*.

Pois bem, ao enfrentar a questão das políticas de “enxotamento” de moradores de rua, sob a perspectiva da chamada *Criminologia Crítica*, que, a rigor, acreditamos que nem precisaria trazer à baila para sustentar a sua monografia, Amanda Mitani expôs à luz do sol do meio dia a falta de solidariedade das camadas sociais economicamente abastadas – não precisamos ser discípulos de Marx e Engels ao qualificá-las como *classe dominante* – para com os menos favorecidos, indivíduos em relação aos quais e a todo o mundo, numa constitu-

¹ Victor Nunes Leal. *Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 7ª edição, 2012.

cionalização meramente simbólica, como diria Marcelo Neves², ironicamente a nossa Carta Política diz assegurar o *direito fundamental à moradia*, direito que certamente não se concretiza na “liberdade” de, ao longo do dia, esses trapos humanos perambularem pelas ruas, pedindo esmolas e catando restos de comida em latas de lixo, e, ao anoitecer, deitarem-se debaixo de árvores, pontes, viadutos ou marquises, nem tampouco se esconderem em barracos de papelão, que a primeira ventania leva pelos ares, as chuvas arrastam nas enxurradas ou qualquer fagulha consome em fração de minutos. Daí a afirmação-denúncia da autora desta monografia, de que esses moradores de rua – em razão de já serem previamente rotulados pela sociedade como sujos e perigosos – são enxotados das cidades, a pretexto de garantir a segurança e a tranquilidade da população. E o pior é que, a depender do grau de “desenvolvimento” urbano dos lugares para onde são mandados embora, esses bandos de miseráveis serão igualmente taxados de perigosos e indesejáveis – para alguns, até mesmo de “poluidores visuais” – que, por tudo isso, devem ser expulsos para sítios cada vez mais remotos, onde a sua presença não atrapalhe a vida do lugarejo. Assim, o Direito Positivo, que por antonomásia é sempre um intento de direito *justo*³ e que – no dizer do antropólogo Ralph Linton⁴ –, seria um subproduto da situação urbana, esse mesmo Direito torna-se opaco, a ponto de “autorizar” que se excluam das metrópoles aqueles “elementos” que, ao ver dos seus moradores mais “importantes”, não fazem jus ao status de *cidadãos*, vale dizer, à condição que a todos deve ser reconhecida, de legítimos habitantes das cidades, cujos espaços públicos, por expressa definição legal — Código Civil Brasileiro, art. 99, inciso I — são qualificados como *bens de uso comum do povo*. Aliás, em manifestações nas vias públicas, quando se vêem tolhidos por quem quer que seja, os seus participantes costumam gritar a palavra de ordem de que “a rua é do povo”, exteriorizando, assim, a compreensão de que, para ocupar esses espaços, os manifestantes não precisam de autorização nem muito menos da tolerância de ninguém. Afinal, é a própria Constituição que atribuiu à liberdade de locomoção e de reunião o

² Rudolf Stammmler. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Madrid: Réus, 1930, p. 241, Nota 4; Luis Recaséns Siches. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1965, p. 70; Luis Legaz y Lacambra. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1972, p. 354; e Josef Esser. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961, p.149/150 e Nota 108.

³ Marcelo Neves. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁴ Ralph Linton. *A cidade e o Direito*, in *O Direito e a vida social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966, p. 114/116.

status de direito fundamental – CF, art. 5º, incisos XV e XVI – oponível a todos quantos pretendam estorvar o exercício desse *direito natural vigente*.⁵ Mais não se precisa dizer para realçar a importância e atualidade da premiada monografia de Amanda Wendt Mitani.

* * *

Quanto ao tema objeto da segunda monografia – *Tutelas de interesses metaindividuais e a maximização do sistema jurídico* –, possui o mesmo grau de importância e de atualidade do estudo anterior, dedicado à perversa política de “enxotamento” de moradores de rua, porque o autor deste outro estudo, ao invés de adotar o que poderíamos chamar de uma *atitude de combate*, preferiu assumir uma postura crítico-pedagógica, alertando os cidadãos legitimados à propositura de ações civis públicas para a eficiência deste remédio jurisdicional, principalmente, nas lides que envolvem planos de saúde e segurados, âmbito em que, conquanto perceptível o abandono com a defesa dos consumidores, nada está sendo feito pelo poder público sequer para minimizar os abusos cometidos pelas empresas seguradoras. Nesse sentido, o autor da monografia afirma que o manejo da ação civil pública, como forma de tutela dos interesses metaindividuais, representa uma considerável ampliação das virtualidades do ordenamento jurídico positivo para resolver conflitos sociais, na medida em que esse tipo de ação substitui a idéia de sentença com eficácia apenas *inter partes* pela concepção de veredictos dotados de efeitos *erga omnes*. Noutros termos, adverte o autor da monografia que por meio de apenas uma ação tutelam-se os interesses relativos aos grupos e a toda a sociedade, interligando-se, por essa forma, os conceitos de *eficiência* e de *razoável duração do processo*, de modo a obrigar o Estado a exercer o seu papel de Estado-Juiz e servo dos princípios constitucionais, especialmente dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, além de viabilizar o tradicional controle difuso de constitucionalidade das leis desde a primeira instância. Por isso, em conclusão, o autor deste estudo considera que a ação civil pública deve ser explorada em toda a sua virtualidade, até porque constitui, provavelmente, a forma por excelência de racionalização do sistema jurídico brasileiro para solução de litígios envolvendo a coletividade e concretizando os direitos sociais que lhe assegura a nossa Carta Política. Ao se expressar dessa forma, Carlos Eduardo Rodrigues Bandeira deixa bem claro o quanto ele

⁵ Mauro Cappelletti. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 56 e 129.

assimilou da revolução ocorrida no direito processual civil, em cujo âmbito – sem que se abandonassem os valores liberais e individualistas da doutrina processual elaborada no século XIX sob a velha dicotomia “público” e “privado” –, assumiu-se a ideia de “modernizar” o sistema jurídico, com a criação de instrumentos adequados à tutela judicial dos interesses de grupos, classes e coletividades, como essa emblemática *ação civil pública*, tão justamente exaltada nesta monografia.⁶

* * *

Finalmente, quanto ao assunto objeto da terceira monografia premiada – *Hermenêutica filosófica e jurisdição democrática: breve crítica ao substancialismo, à luz do debate Gadamer-Habermas* –, louve-se, desde logo, a coragem do seu autor em se meter nesse *imbroglio*, tamanhas são as controvérsias daí emergentes, desde as discussões sobre a universalidade da questão hermenêutica até o debate entre esses dois gigantes da filosofia contemporânea, cuja “briga” Marcos Luiz dos Mares Guia Neto decidiu revisitar, trazendo a público o seu ponto de vista a respeito dessa disputa, no que, aliás, ele fez muito bem, pois no dizer de Popper só a *intersubjetividade* e a *publicidade*, como exposição a críticas e refutações, garantem *objetividade* ao método científico.⁷ Dessa tomada de posição, destaque-se a síntese, que o autor da monografia logrou fazer, com segurança e precisão, do embate entre o que seria o *substancialismo* de Hans-Georg Gadamer e o *procedimentalismo* de Jürgen Habermas, síntese na qual ele deixou implícito que, embora não fossem juristas, antes filósofos – e do mais puro labor –, esses monstros sagrados do pensamento contemporâneo incursionaram também nos domínios do Direito e da Ciência Política, aportando notáveis contribuições para o avanço das idéias jurídicas e o aprimoramento do regime democrático. Para mostrar a consistência dessa reflexão, basta lembrarmos, entre muitas outras de igual pertinência e relevo, a observação de Gadamer de que nos regimes absolutistas, onde a vontade do príncipe onipotente está acima da lei, já não é possível hermenêutica alguma, pois o senhor todo-poderoso, melhor do que ninguém, sempre poderá esclarecer as suas próprias palavras e dar-lhes o sentido “correto”, mesmo que esse sentido se evidencie em total desacordo com

⁶ Mauro Cappelletti. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, in *Revista de Processo*, nº 5, janeiro/março de 1977, RT.

⁷ Karl Popper. *O mito do contexto*. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 177; Karl Popper. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: EDUSP/Itatiaia, vol. 2, 1974, p. 224, 225 e 227.

as regras usuais de interpretação, que, de resto, para ele não serão vinculantes⁸; e a advertência de Habermas, a nos dizer que uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; e que o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas

que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”.⁹

Com estas breves considerações damos por cumprido o prazeroso encargo de apresentar aos futuros leitores estas excelentes monografias, que justificaram atribuir-se aos seus talentosos autores – Amanda Mitani, Carlos Eduardo Rodrigues Bandeira e Marco Luiz dos Mares Guia Neto – o *Prêmio Victor Nunes Leal*, edição de 2011, do Centro Universitário de Brasília.

Pela sua alta qualidade e pelo caráter exemplar de que se revestem, não temos dúvida em afirmar que a leitura desses estudos trará benefícios de monta aos cultores das ciências sociais, em geral, e não apenas para os devotos do saber jurídico especializado. É somente uma questão de tempo, pelo que vale a pena esperar.

Brasília, 2 de setembro de 2013.

⁸ Hans-Georg Gadamer. *Verdad y Método*. Salamanca: Sígueme, vol. 1, 1993, p.401.

⁹ Jürgen Habermas. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. 1, 1997, p. 52.

INTRODUÇÃO

Luís Carlos Martins Alves Jr.¹

O prêmio Victor Nunes Leal revela o indiscutível acerto da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília em exigir, como requisito parcial indispensável para a conclusão do bacharelado, que o estudante escreva uma monografia, com no mínimo 40 e no máximo 80 páginas, segundo os padrões da ABNT/CEUB, sobre um tema de interesse jurídico (seja diretamente no aspecto dogmático-normativista ou indiretamente com uma análise filosófica ou sociológica ou antropológica ou histórica etc.).

Com essa exigência acadêmica, o CEUB incentiva o estudante a aprimorar o principal instrumento de trabalho do profissional do Direito: a escrita. O futuro profissional do Direito que não souber escrever, que não tiver um excelente domínio da literatura jurídica, que não for capaz de produzir “literatura jurídica” (petições, sentenças, relatórios, pareceres, notas etc.), estará fadado ao fracasso profissional.

A monografia jurídica, último requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel, serve como excelente treinamento para esse futuro profissional, de modo que o estudante que fizer um texto monográfico terá uma vantagem competitiva em relação a outros que não se submeteram a essa azafamática exigência acadêmica. Mas, insista-se, a monografia é um treino, e como tal é uma poderosa ferramenta, pois aperfeiçoa a escrita e força a leitura. Ler e escrever são duas habilidades fundamentais para o profissional do Direito.

¹ Bacharel em Direito, Universidade Federal do Piauí; Doutor em Direito Constitucional, Universidade Federal de Minas Gerais; Professor de Direito Constitucional, Centro Universitário de Brasília; Orientador de Monografias, Dissertações e Teses, Centro Universitário de Brasília; Procurador da Fazenda Nacional perante o Supremo Tribunal Federal.

Recente pesquisa da Fundação Getúlio Vargas², em relação aos números de aprovados nos exames de ingresso nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, entre os anos de 2010 e 2012, revela que ou os bacharéis estão saindo das Faculdades de Direito bastante deficientes ou as provas da OAB estão extremamente difíceis, com um nível de exigência muito superior ao normal, isso porque somente 18,5% dos candidatos conseguiram lograr aprovação de primeira no exame. Logo, 81,5% de reprovados.

Como tenho ministrado aulas de direito constitucional há 20 anos, posso, intuitivamente, dizer que lamentavelmente parcela substantiva dos estudantes de direito não é dada ao estudo sério, com esforço e dedicação. Infelizmente, boa parte dos estudantes de direito não são exigidos como deveriam ser, tendo em vista as dificuldades da inserção no mercado profissional e os problemas normativos que terão de solucionar.

E a corresponsabilidade pela fragilidade acadêmica desses estudantes pode ser debitada na conta dos professores e das instituições. Nós professores e as instituições de ensino temos parcela, que não é pequena, de culpa pelo fracasso acadêmico dos alunos.

É bem verdade que por melhor e mais bem intencionado que seja o professor e por mais séria e comprometida que seja a instituição de ensino, de nada valerão os seus esforços se não houver o interesse em aprender dos alunos. Ou seja, professor só ensina para o aluno que estiver disposto a aprender. E o aluno só aprende se tiver a liberdade, a responsabilidade e a necessidade em querer aprender.

E, entre as técnicas de ensino e aprendizagem do direito, é de superior importância a exigência de expressiva quantidade de boa leitura e a produção de muitos textos escritos. Durante o curso, o estudante de direito deve ser “obrigado” a ler bastante e a escrever muito. Sem leitura não há escrita. Sem escrita não haverá um bom profissional jurídico.

Retorno à monografia, exigência final para que o estudante de Direito do CEUB obtenha a conclusão de seu curso e possa se aventurar nas oportunidades

² Informação jornalística intitulada “Só 18,5% passam de primeira no Exame da OAB, diz levantamento”. Site G1.GLOBO.COM: <http://g1.globo.com/educacao/oab/noticia/2013/08/so-185-passam-de-primeira-no-exame-de-ordem-da-oab-diz-estudo.html>.

do universo jurídico. Nesse campo, o Centro Universitário de Brasília viabiliza a estudantes e professores uma adequada estrutura para um bom desenvolvimento de seus trabalhos. O aluno que quiser produzir uma boa monografia encontrará uma estrutura acadêmica sólida para essa tarefa. O professor que encontrar esse aluno interessado também tem à sua disposição uma rede dinâmica de oportunidades e de possibilidades fornecida pela instituição.

Pois bem, esta publicação faz jus ao seu propósito. Os três trabalhos premiados demonstram a boa qualidade das produções acadêmicas dos estudantes do CEUB e feriram temas interessantes. Isso não significa que somente essas três monografias são boas. Na verdade, segundo uma comissão de professores, essas são as melhores. Mas não são as únicas dignas de publicação. Outras há que poderiam ser publicadas ou que poderiam ser convertidas em artigos para eventual publicação.

Mas, cumpre-me apresentar as vencedoras.

Com efeito, a monografia intitulada “*Políticas de enxotamento de moradores de rua: uma análise do ponto de vista da criminologia crítica*”, de autoria de Amanda Wendt Mitani, sob a orientação da professora doutora Cristina Zackseski, lança luzes sobre uma questão candente, nada obstante sejam os protagonistas dessa lamentável “novela” vistos, paradoxalmente, como se fossem “fantasmas sociais”, que todos vemos, mas ninguém enxergamos (ou não queremos enxergar).

Esse tema dos moradores de rua é complexo. De um lado ou um estilo livre de vida, fora dos padrões convencionais, ou uma absoluta falta de condições de viver em um lar ou moradia convencional. De outro lado, a obrigação do Poder Público de manter as ruas seguras, limpas e agradáveis para toda a comunidade

A monografia aborda a utilização do direito penal como instrumento de “higienização social”, uma técnica autoritária de solução de problemas sociais. É certo que a repressão penal é solução simplista para questões sociais, especialmente de violência urbana, sobretudo quando há forte componente econômico na equação. Nessa perspectiva, a monografia, com precisão, toca em “ferida” social que incomoda os conscientes.

Na Introdução da citada monografia a autora apresenta a motivação para escrever sobre o tema: a revolta dos moradores da Asa Sul (região de Brasília -

DF) em relação aos moradores de rua. Segundo a autora, os moradores da Asa Sul tratam o problema dos moradores de rua como uma questão de segurança pública. Essa perspectiva de que os problemas sociais são problemas de polícia deita suas raízes em longa data na experiência social e política brasileira, pois houve um tempo em que as “questões sociais eram questões de polícia”.

Talvez essa mensagem seja verdadeira. Talvez as “questões sociais sejam questões de polícia”, pois é um crime o abandono social, a miséria reinante, a desumanização que muitos sofrem, os abusos e as violências que são praticadas e não sofrem a repressão devida das autoridades públicas. Talvez as “questões sociais sejam questões de polícia”. Mas quem seriam os “bandidos” desses “crimes sociais”? As “vítimas” todos sabemos quem são.

Pois bem, com esteio na “criminologia crítica”, a monografista enfrentou o tema sem se prender em uma leitura estritamente penal, mas avançou o estudo para além da repressão penal, analisando o processo de criminalização.

No primeiro capítulo da aludida monografia, intitulado “*o contexto atual de exclusão dos moradores de rua no Brasil*”, é analisado o perfil do morador de rua brasileiro do início do século XXI, a exclusão social do morador de rua brasileiro, o não reconhecimento como sujeito de direitos desse morador, as origens, a atuação e as conquistas do Movimento Nacional da População de Rua - MNPR, o reconhecimento de valores pelo indivíduo – ‘trecheiros’ e moradores de rua tradicionais, as conquistas do movimento, e a atuação do MNPR.

Na sua monografia, com esteio em dados extraídos da *Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua*, a autora relata episódios de banalização da violência urbana envolvendo os moradores de rua. A violência foi banalizada. O mal foi banalizado, como advertiu Hannah Arendt em relação aos nazistas, mas que tragicamente se aplica à dura e sórdida realidade das ruas brasileiras. A vida humana perdeu valor. O outro não vale. Essa é uma lastimável realidade que nos aflige.

De posse desses dados, a monografista ambienta o seu tema e passa a olhar para esse complexo problema e, de imediato, percebe que as soluções não são fáceis nem simples. Também percebe que as respostas não estão no normativismo jurídico, mas em um plexo de ações, de políticas sociais, tanto do Estado quanto da sociedade civil, para o enfrentamento dessa grave situação de muitos desses moradores de rua.

O quadro descortinado pela aludida *Pesquisa* e que a monografia trabalha com esmero não é nada agradável. É uma realidade suja, fétida e cheia de preconceitos e de discriminação. O morador de rua, segundo a monografista, é um não sujeito de direitos e de obrigações, mas tão somente destinatário das prestações anticivilizatórias do Estado e da sociedade civil.

Com efeito, o morador de rua, não é visto, e quando visto, é percebido como um problema higiênico, e não como um problema humano. O morador de rua é desumanizado, brutalizado, tratado como bicho, e como tal se comporta. Ele é um não-outro. É um fantasma social, um espectro que deve ser exorcizado, enxotado. É alguém que deve sofrer a danação dos paraísos urbanos.

Como incluir o morador de rua? Como emancipá-lo? Como torná-lo “pessoa”, em vez de “coisa” humana? Como conviver com ele, na rua? Para essas indagações não há respostas certas. A monografia palmilha possibilidades, fala de respeito, de direitos, mas reconhece as dificuldades operacionais e culturais. Reconhece que as necessidades e as possibilidades econômicas podem se tornar obstáculos para essa aceitação ou convivência com os moradores de rua. É mais “fácil” criminalizar a pobreza e culpar o pobre.

Nessa toada, a monografia analisa as várias possibilidades de segurança pública e as teorias que lhas davam suporte. Com isso, a monografia revela quais modelos poderiam ser experimentados nas ruas brasileiras, mas que podem resultar no “enxotamento” do morador da rua.

O “enxotamento”, segundo a monografia, consiste em um conjunto de medidas voltadas para a remoção coercitiva dos moradores de rua, que pode ocorrer por seguranças privados ou por agentes de segurança pública, visando ora a satisfação de um interesse eminentemente particular, ora a satisfação de um “interesse público”, com forte viés higienista.

Como anunciado, o tema é problemático e as soluções difíceis, mas a monografia visitou as questões com rigor e seriedade. E, ao final, faz um vigoroso alerta no sentido de que os esforços da sociedade e do Estado somente serão frutíferos se houver um reconhecimento da dignidade humana desses moradores, se forem reconhecidos como pessoas, e não simples objetos de violência e da indiferença da sociedade e do Estado, pois violência gera violência. Respeito gera respeito.

A outra monografia, intitulada “*Tutelas de interesses metaindividuais e a maximização do sistema jurídica*”, da autoria de Carlos Eduardo Rodrigues Bandeira, sob a orientação do professor doutor Álvaro Ciarlini, analisa o instituto processual da Ação Civil Pública e visita a questão da “justiça das massas” para uma “sociedade de massas”, que tem demandado muitas exigências das prestações administrativas do Estado, dando especial ênfase às questões consumeristas.

Com efeito, na sociedade do consumo, de feição liberal capitalista, que o Brasil infelizmente está longe de ser, o cidadão consumidor deve ser tratado com respeito e consideração, pois ele deve ser o principal destinatário dos esforços econômicos das empresas e prestadores de serviços, em uma relação que deve ser pautada pela sinceridade de propósitos. Nessa perspectiva, as soluções judiciais coletivas diminuem os custos sociais e econômicos e trazem imediata certeza e segurança, em tempo oportuno, pois a sociedade do século XXI é, além de consumerista, veloz, impaciente e frenética.

É nesse quadro que a monografia analisa as ações civis coletivas vocacionadas à defesa dos interesses e dos direitos dos consumidores.

No primeiro capítulo da monografia, o autor aborda os “*movimentos renovatórios de acesso à justiça*”, principiando pela “primeira onda” da tutela dos interesses individuais e alcançando a “segunda onda” da tutela dos interesses metaindividuais, para alfim cuidar do “caso brasileiro”, que, segundo o autor, estaria inclinado para a “primeira onda”.

Todavia, entende a monografia que se faz necessário chegar um ponto de equilíbrio processual no tipo de modelo que deve florescer no Brasil, se o da tutela dos interesses individuais ou dos interesses metaindividuais.

No segundo capítulo, intitulado “*Possíveis incongruências entre o direito material e o direito processual*”, a monografia analisa os remédios (*sic*) jurisdicionais na tutela dos interesses individuais homogêneos, procurando explicar as distinções entre as várias espécies de direitos possíveis.

Nesse aludido capítulo, a monografia visita as atribuições do Ministério Público e o manejo do principal instrumento processual judicial, no caso, a ação civil pública, na defesa dos interesses que vão além dos indivíduos atomizados, bem como da estrutura e da dinâmica dos juizados especiais, como “largo portão” de acesso à justiça.

É bem verdade que o excesso de acesso pode implicar no não acesso. Explico-me. A enxurrada de ações e demandas judiciais, sem a contrapartida de estrutura física e humana, tanto para julgar, quanto para executar as decisões, pode frustrar as justas e legítimas expectativas de tantos quantos confiem no Estado-Juiz para a solução de suas controvérsias e conflitos, pois a gigantesca sobrecarga de feitos inviabiliza uma adequada e rápida prestação jurisdicional.

No terceiro capítulo intitulado “*Tutela de interesses metaindividuais como uso racional do sistema jurídico*”, a monografia visita o modelo de controle de constitucionalidade e os princípios da isonomia e da dignidade humana. Nesse capítulo, a monografia aduz a questão da “racionalidade” do sistema jurídico como ferramenta de solução dos litígios, na perspectiva de que um único julgamento seria suficiente e bastante para acolher as legítimas demandas a um custo operacional baixo.

Ou seja, na linha da monografia, para uma sociedade de massas, com problemas coletivos, o melhor instrumento processual será aquele que permita uma única e rápida solução judicial.

Por fim, a monografia intitulada “*Hermenêutica filosófica e jurisdição democrática: breve crítica ao substancialismo, à luz do debate Gadamer-Habermas*”, da autoria de Marcos Luiz dos Mares Guia Neto, também sob a orientação do professor doutor Álvaro Ciarlini, adentra em terreno pantanoso, mas caminha com segurança entre dois autores fundamentais para uma adequada e contemporânea compreensão do fenômeno hermenêutico/interpretativo/aplicativo do Direito, quais sejam: Gadamer e Habermas.

As questões abordadas por esses dois eminentes autores do pensamento ocidental, que foram bem compreendidas pelo autor da citada monografia, estão a desafiar os fundamentos civilizatórios e democráticos da sociedade ocidental, na busca pelo equilíbrio permanente entre o legítimo e o legal, entre a Justiça e o Direito.

Essa tensão radica-se desde os primórdios do pensamento ocidental, deitando suas raízes no que há de mais velho (e paradoxalmente perene) na história da filosofia e do direito. Nada obstante essa dificuldade e a velha atualidade do tema, o monografista se mostra competente, pois visita outros autores em sua missão de bem explicitar esse debate hermenêutico, um verdadeiro labirinto de compreensões (de pré-compreensões e de pós-compreensões).

Pois bem, no primeiro capítulo intitulado “*Hermenêutica jurídica: breve abordagem propedêutica*” a monografia passeia pela aventura da compreensão “hermenêutica” e apresenta algumas percepções dessa tarefa de decifrar para si e para o outro um terceiro objeto.

No segundo capítulo intitulado “*Prolegômenos acerca da hermenêutica gadameriana*” a monografia visita alguns precursores que influenciaram Gadamer na construção de sua teoria, uma indiscutível contribuição para os estudos filosóficos da hermenêutica.

No terceiro capítulo intitulado o “*O debate Gadamer-Habermas: tradição versus emancipação*” a monografia analisa as singularidades, bem como as principais diferenças existentes entre as propostas de Habermas e de Gadamer, nada obstante seja possível encontrar o elo comum entre esses autores: a linguagem e a comunicação.

Nesse aludido capítulo, a monografia se volta para um aspecto do constitucionalismo brasileiro, que é prenhe de promessas e de expectativas, sobretudo no campo dos direitos sociais, que exigem uma forte e imponente atuação positiva do Estado, inclusive do Poder Judiciário. Esse é um dos desafios da sociedade brasileira contemporânea.

Com efeito, as promessas normativas constitucionais estão positivadas e devem ser concretizadas. Mas qual a instância competente? O Legislador? O Administrador? Ou o Juiz? Como sair desse labirinto de modo convincente e aceitável? Segundo o autor da monografia, através do diálogo e da busca do consenso no dissenso plural e democrático.

Aproximo-me do final. Aqui, deve-se registrar a importância dos professores orientadores na condução das monografias. Conquanto seja o trabalho uma construção do estudante, a orientação aponta os caminhos e os faróis. Os eminentes orientadores, professores experientes, foram fundamentais para o sucesso dessa etapa acadêmica de seus “pupilos”.

Hora de finalizar e de passar a palavra aos autores dessas interessantes monografias acadêmicas.

Boa leitura!

AMANDA WENDT MITANI

**“POLÍTICAS DE ENXOTAMENTO”
DE MORADORES DE RUA:**
UMA ANÁLISE DO PONTO DE VISTA
DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientadora:
Profa. Cristina Zackseski

Dedico este trabalho a Letícia, minha querida irmã, ouvinte e crítica.
Que a sua geração possa crescer em meio a novas ideias e esteja tão
disposta a escutá-las quanto você esteve disposta a escutar as minhas.

Meus sinceros agradecimentos a Sérgio Carvalho Borges,
Viridiana Machado e Samuel Rodrigues pelo carinho com que me
receberam e pelo tempo que dedicaram a mim compartilhando
experiências e conhecimentos.

A Cristina Zackseski, professora e orientadora, minha eterna
gratidão pelas horas gastas lendo as inúmeras versões deste
trabalho e minha admiração pela excelência com que exerce a
profissão de pesquisadora e professora.

A todos aqueles que me ensinaram a enxergar um pouco mais do
que há para ver neste mundo, muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as “políticas de enxotamento” de moradores de rua sob o ponto de vista da Criminologia Crítica. Para tanto, aborda-se, dentre outros aspectos, o sentimento de insegurança da sociedade que fomenta a elaboração de políticas cada vez mais repressivas tendentes a segregar os indivíduos mais pobres. Na sequência, investiga-se a proposta da teoria das janelas quebradas e do modelo tolerância zero de segurança como forma de atender ao clamor social, buscando reduzir as possibilidades de incidência do delito e amenizar o sentimento de insegurança da sociedade. Além disso, analisam-se as semelhanças dessas propostas com a prevenção situacional. Esta, da mesma forma que aquelas, volta-se para o espaço urbano, vislumbrando na preservação do meio uma possibilidade de prevenir a sociedade contra a criminalidade. Ao pressupor a classificação dos atributos do ambiente das cidades em positivos e negativos, a prevenção situacional sujeita-se a identificar como negativos elementos que dizem respeito não apenas ao aspecto físico do meio, mas também ao social. É o que ocorre com os moradores de rua que, em razão de já serem previamente rotulados pela sociedade como perigosos e sujos, são enxotados das cidades a pretexto de garantir a segurança da população. Tais práticas, que recebem o nome de “políticas de enxotamento”, mostram-se extremamente repressivas, punindo o indivíduo em razão de sua condição pessoal, não por suas ações, mas por sua maneira de ser. Dessa forma, nota-se que as “políticas de enxotamento”, independentemente do viés em que se pretenda inseri-la (preventivo ou repressivo), utilizam-se de uma noção limitada de segurança segundo a qual a segurança dos incluídos não engloba a garantia de direitos aos excluídos. Assim, diante da impossibilidade de se garantir segurança a alguns sem garanti-la a todos, verifica-se a necessidade de ampliação desse conceito.

Palavras-chave: Moradores de rua. “Políticas de enxotamento”. Sentimento de insegurança. Janelas quebradas. Tolerância zero. Prevenção situacional. Segurança pública. Segurança como garantia de direitos.

INTRODUÇÃO

O interesse desta autora com relação aos moradores de rua como assunto para a elaboração de uma monografia jurídica surgiu em uma reunião do Conselho Comunitário de Segurança de Brasília em junho de 2010.¹ O momento fora dedicado à população da Asa Sul para que apresentasse suas críticas, opiniões, reclamações e sugestões a respeito do assunto segurança. Surpreendentemente, entre os principais alvos de reclamações estavam os moradores de rua que se instalavam nos gramados das quadras residenciais. As soluções apresentadas foram as mais escabrosas possíveis: cercar parquinhos de forma que fosse possível trancá-los durante a noite, cercar toda a área verde das quadras, proibir a venda de bebidas alcoólicas nos supermercados, retirar os bancos de praça, além de, obviamente, intensificar o policiamento na região. A revolta com que os moradores da Asa Sul se referiam aos moradores de rua, tratando-os como um problema de segurança que deve ser combatido, despertou o interesse por compreender de que maneira eles são inseridos no assunto segurança e sob que conceito de segurança.

A primeira grande oportunidade de coleta de material surgiu dois meses depois com a realização, em Brasília, do Seminário Estadual da População em Situação de Rua.² Organizado pelo Movimento Nacional da População de Rua (MNPR), ele tinha como público alvo moradores de rua e apoiadores do movimento, visando principalmente formar a ideologia política do movimento. Na ocasião foi possível colher os depoimentos que serviram de base à elaboração deste trabalho, dentre eles o de Viridiana Machado e Sérgio Carvalho Borges³ em que foi possível ter o primeiro contato com a expressão “políticas de enxotamento”, utilizada para se referir a estratégias que têm como objetivo remover à força os moradores de rua dos locais onde costumam se instalar. Tais políticas,

¹ CONSEG/RA-1. Conselho Comunitário de Segurança de Brasília. Reunião Setorial com a Comunidade da Asa Sul, jun. 2010, Brasília/DF.

² SEMINÁRIO ESTADUAL DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA, ago. 2010, Brasília/DF.

³ MACHADO, Viridiana; Sérgio Carvalho Borges. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 26 ago. 2010.

em razão de seu extremismo e de sua peculiar apresentação como medida de segurança pública, acabaram se tornando o centro de investigação deste trabalho.

O objetivo do trabalho passou, então, a ser a compreensão de como os moradores de rua são inseridos no âmbito da segurança pública como um problema que requer repressão; como, em meio a uma proposta de segurança, as "políticas de enxotamento" pretendem alcançar seu propósito, de que maneira se legitimam e que resultados efetivamente obtêm. Tudo isso para chegar ao questionamento principal sobre se as "políticas de enxotamento" realmente têm a capacidade e o potencial necessário para alcançar o fim a que se propõem. Para tanto, foi utilizada, além do material colhido no Seminário Estadual da População em Situação de Rua, a pesquisa bibliográfica sobre o assunto, envolvendo principalmente obras sociológicas sobre exclusão e segurança, além de obras/artigos de Teoria do Direito, Criminologia e Segurança Pública.

A vertente escolhida para proceder à análise das "políticas de enxotamento" foi a Criminologia Crítica. Trata-se de um novo estágio da Criminologia que se ancora sobre a mudança de paradigma operada pela Teoria da Reação Social (*Labeling Approach*). Segundo essa teoria, o crime seria uma construção social, o resultado de uma seleção de condutas valoradas pela sociedade como reprováveis. Assim, o paradigma da Reação Social desvia o foco da investigação das causas do crime para o estudo dos próprios processos de criminalização. Tal percepção permitiu aos criminólogos críticos desvincularem-se do conceito de crime fornecido pelo sistema penal, ampliando também seu campo de atuação para além da mera repressão ao delito já consumado.⁴ Nesse sentido este trabalho se insere sob o viés da Criminologia Crítica ao pretender analisar as "políticas de enxotamento" fora dos limites do sistema penal e de forma desvinculada do conceito de crime, até mesmo porque, como se verificará mais adiante, as próprias "políticas de enxotamento" dispensam tal definição.

Ainda para a elaboração do trabalho foram utilizadas notícias de periódicos virtuais, bem como de periódicos voltados especificamente para a população de rua, como o jornal O Trecheiro, informações disponibilizadas em páginas

⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 159-170.

virtuais, com destaque para a página do MNPR⁵ e a da Prefeitura do Rio de Janeiro⁶, documentos editados pelo Governo Federal e a Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua, primeira de sua espécie e justamente o material que serve de substrato ao início deste trabalho com uma descrição da situação de exclusão em que vivem os moradores de rua.

⁵ FALA RUA. **O movimento**. Disponível em <http://www.falarua.org/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=80>. Acesso em: 25 maio 2011. 17:57.

⁶ PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. **SEOP - Secretaria Especial da Ordem Pública**: ações da secretaria. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/web/seop/exibeconteudo?article-id=152881>>. Acesso em: 26 maio 2011. 00:09.

O CONTEXTO ATUAL DE EXCLUSÃO DOS MORADORES DE RUA NO BRASIL

Os moradores de rua, pessoas marcadas pela falta de moradia, permaneceram até pouco tempo à margem não só da sociedade, mas também das pesquisas censitárias sobre a população brasileira. Tais pesquisas, tradicionalmente realizadas por meio da coleta de dados em domicílio, eram incapazes de alcançar o indivíduo morador de rua, já que ele não dispõe justamente de um domicílio. Identificada essa falha e atestada a necessidade de obtenção de dados sobre essa população até então invisível para os censos brasileiros, os municípios de São Paulo, em 2003, e Belo Horizonte e Recife, em 2005, conduziram as primeiras pesquisas censitárias direcionadas especificamente à população de rua.¹ Anos depois, em abril de 2008, foram divulgados os resultados da primeira pesquisa nacional sobre moradores de rua no Brasil: a Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua, encomendada ao Meta Instituto de Pesquisa de Opinião pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome em cooperação com a UNESCO². Referida pesquisa tornou possível traçar um perfil do morador de rua brasileiro neste início de século.

1.1 Perfil do morador de rua brasileiro do início do século XXI

A Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua, apesar de suas limitações, como o fato de não haver entrevistados os menores de 18 anos,³ gerou resultados muito úteis ao presente trabalho. Algumas das informações obtidas apenas corroboram o senso comum existente acerca do assunto, como é o caso da composição majoritária das populações de rua por indivíduos do sexo

¹ O Sumário Executivo da Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua indica que os resultados obtidos nos estudos realizados nesses três municípios foram semelhantes aos da Pesquisa Nacional. Ressalta, no entanto, que a metodologia utilizada foi diversa. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua: sumário executivo**. Brasília: MDSCF, abr. 2008. p. 4.

² Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

³ Infelizmente não foi apresentada justificativa para a exclusão dos menores da coleta de dados.

masculino, 82% do total de entrevistados,⁴ da faixa etária de 25 a 44 anos e da cor da pele, de maioria parda, 39,1%.⁵

Ainda entre as confirmações do senso comum estão os locais onde podem ser encontrados os moradores de rua: “calçadas, praças, rodovias, parques, viadutos, postos de gasolina, praias, barcos, túneis, depósitos e prédios abandonados, becos, lixões, ferro-velho ou pernoitando em instituições (albergues, casas de passagem e de apoio e igrejas)”.⁶

A Pesquisa Nacional, no quesito pernoite, dividiu os locais utilizados por moradores de rua em “albergues ou outras instituições”, abrangendo os próprios albergues, as casas de passagem e de apoio e as igrejas, e “rua”, abrangendo os demais locais citados no parágrafo anterior (calçadas, praças, rodovias, parques, viadutos, postos de gasolina, praias, barcos, túneis, depósitos e prédios abandonados, becos, lixões, ferro-velho).⁷

Essa confirmação dos locais onde se instalam os moradores de rua é de fundamental importância para o presente trabalho, pois dentre eles estão espaços públicos originariamente destinados ao uso pelos indivíduos socialmente incluídos, não pelos moradores de rua, o que os torna palco das “políticas de enxotamento” a serem analisadas mais adiante.

Também merecem destaque as cifras que dizem respeito a esses locais utilizados pelos moradores de rua para pernoite: 69,6% dormem na “rua”, 22,1% utilizam “albergues ou outras instituições” e 8,3% alternam entre as duas opções.

⁴ A pesquisa foi realizada em 71 municípios brasileiros e identificou um total de 31.922 indivíduos adultos moradores de rua. Desse número 13,4 % não responderam à pesquisa pelos seguintes motivos:

1) Não acreditar que esse tipo de levantamento possa lhes trazer benefícios, indisposição ou não gostar de responder a pesquisas: 36,6%;

²) Não acordar para responder: 18%;

³) Estar embriagado: 14,3%;

⁴) Aparentar sofrer de transtorno mental: 14%. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCF, abr. 2008. p. 6.

⁵ Segundo a pesquisa, o restante estaria dividido em percentuais muito próximos de branco e negros: 29,5% e 27,9% respectivamente. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCF, abr. 2008. p. 6-7.

⁶ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCF, abr. 2008. p. 6.

⁷ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCF, abr. 2008. p. 9.

Dessa forma, nota-se que a maioria dos moradores de rua passa a noite na rua, tornando-se alvo fácil de “enxotamentos” e outros atos de violência, como se verifica a partir do percentual de 69,3% de indivíduos que informam que sua preferência por dormir nos albergues se deve à violência das ruas.⁸

A respeito da violência das ruas, Sérgio Carvalho Borges, coordenador do Movimento Aquarela da População de Rua no Rio Grande do Sul, articulador regional sul do Movimento Nacional da População de Rua e morador de rua há 12 anos em Porto Alegre, ressalta que ela não se resume aos “enxotamentos”, surgindo também na forma de assassinatos. Sérgio relata já ter tido vários “companheiros que amanheceram mortos”, fatos que segundo a assistente social Viridiana Machado, atuante também em Porto Alegre, estariam ocorrendo em uma escala aproximada de um assassinato a cada dois meses. Contudo, como informa Sérgio, tais mortes raramente seriam noticiadas e quando o fossem seriam atribuídas ao calor excessivo aos quais os moradores de rua de Porto Alegre não estariam acostumados, principalmente quando associado ao consumo de álcool.⁹ Alguns atos de violência menos graves, no entanto, já podem ser mais facilmente identificados na mídia. Exemplo disso é o caso do morador de rua que teve o corpo coberto com tinta *spray* enquanto dormia em uma esquina em Porto Alegre.¹⁰ Relatos de violência como esse evidenciam a extrema vulnerabilidade dos moradores de rua.

Apesar da violência a que estão sujeitos, alguns indivíduos ainda preferem a rua como local para dormir. Investigando os motivos dessa preferência, a pesquisa apurou que 44,3% deles o fazem em razão da falta de liberdade dentro dos

⁸ O segundo principal motivo indicado para dormir em albergues foi o desconforto de dormir na rua (45,2%). BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCF, abr. 2008. p. 9.

⁹ MACHADO, Viridiana; Sérgio Carvalho Borges. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 26 ago. 2010.

¹⁰ Transcreve-se a seguir um trecho da reportagem do jornal Zero Hora: “O morador de rua Vanderlei Pires, 35 anos, foi pichado com tinta prata enquanto dormia na esquina da Rua Lobo da Costa com a Avenida João Pessoa, na Capital, na madrugada desta sexta-feira. Além disso, segundo uma mulher que esperava em um ponto de ônibus próximo ao local, jovens em um carro teriam parado na esquina e urinado sobre os pés do homem.” COSTA, José Luis. Morador de rua é pichado enquanto dormia na capital: Vanderlei Pires também foi vítima de um jovem que teria urinado sobre seus pés. **Zero Hora**, Porto Alegre, 2 abr. 2010. Disponível em <<http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&local=1§ion=Geral&newsID=a2859982.xml>>. Acesso em: 23 maio 2011. 18:12.

albergues e 27,1%, em razão do rigor dos horários.¹¹ Sérgio explica que os horários rigorosos, embora não pareçam, podem representar um grande empecilho na vida do morador de rua, pois podem acabar se chocando com alguma atividade de trabalho ou estudo que o morador de rua consiga eventualmente exercer.¹²

A Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua ainda trouxe dados sobre os motivos da ida dessas pessoas para a rua. O principal deles foi o alcoolismo e/ou vício em drogas, 35,5%, seguido do desemprego, 28,8%, e das desavenças com pai/mãe/irmão, 29,1%, sendo que 71,3% dos entrevistados apontaram pelo menos um desses três motivos. A pesquisa também revelou que 74% dos entrevistados sabiam ler e escrever; que 60% já estiveram em pelo menos uma das seguintes instituições: CRD químicos, abrigo institucional, casa de detenção, hospital psiquiátrico, orfanato/internato ou FEBEM; que 48,4% estavam na rua há mais de 2 anos; e que 51,9% possuíam parentes na mesma cidade onde se encontram, mas 38,9% deles não mantinham contato com os referidos parentes.¹³ Tais informações podem ser um indicativo de que a ida e a permanência dessas pessoas na rua não se devem a fatores exclusivamente econômicos, mas também ao desfazimento de laços familiares, entre outros fatores. Nesse sentido, são curiosos os exemplos fornecidos por Silvia, moradora de rua em Salvador, ambos ilustrativos dos resquícios do patriarcalismo na cultura brasileira. O primeiro é o do marido que, nas palavras de Silvia, “não aguenta levar uma galhada da mulher”. Aí não pode voltar para casa, mas, ao mesmo tempo, não tem outro lugar aonde ir. Então, busca consolo na bebida e, quando se dá conta, está vivendo nas ruas. O segundo exemplo é o do marido cuja esposa passa a auferir uma renda mais elevada que a dele. Nessas circunstâncias, não suportando a humilhação, o marido deixa o lar e, sem condições de sustentar-se, acaba indo morar na rua.¹⁴

Embora tenham confirmado alguns conhecimentos provenientes do senso comum, os resultados da Pesquisa Nacional sobre a População em Situação

¹¹ O terceiro motivo apontado para a não utilização dos albergues foi a proibição do uso de álcool e drogas (21,4%) também ligado à falta de liberdade. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCF, abr. 2008. p. 9.

¹² BORGES, Sérgio Carvalho. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 24 ago. 2010.

¹³ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCF, abr. 2008. p. 7-10.

¹⁴ Silvia. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 24 ago. 2010.

de Rua também refutaram alguns mitos, como o de que os moradores de rua seria todos vagabundos. A pesquisa apurou que 70,9% dos entrevistados exercem algum tipo de atividade remunerada. Dentre elas destacam-se a coleta de materiais recicláveis (27,5%), a atuação como “flanelinha” (14,1%), a construção civil (6,3%), as atividades de limpeza (4,2%) e as de carregador/estivador (3,1%). Apenas 15,7% dos entrevistados afirmaram que pedem dinheiro como principal fonte de renda.¹⁵ Renda que, a propósito, constatou-se estar entre vinte e trinta reais semanais para a maioria dos entrevistados, 52,6%.¹⁶

Outro mito desfeito foi o de que os moradores de rua seriam provenientes de estados diversos daqueles onde se encontram, em geral, migrantes da zona rural em busca de uma vida melhor que não encontraram. Sobre esse assunto, a Pesquisa Nacional revelou que 45,8% dos entrevistados sempre viveram no município onde foram encontrados. Quanto aos que se deslocaram, 56% vieram de municípios do mesmo estado e 72% eram provenientes de zonas urbanas. Dessa forma, nota-se que a migração não é característica determinante dos moradores de rua e, quando ocorre, dá-se principalmente entre locais próximos e entre áreas urbanas.¹⁷

Além dessas informações, a Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua ainda trouxe uma seleção de dados bastante ilustrativos da exclusão que vivencia o morador de rua brasileiro. Segundo a pesquisa, 19% dos entrevistados não conseguem se alimentar todos os dias; 32,6% e 32,5%, respectivamente, tomam banho e fazem suas necessidades na rua; 24,8% não possuem documentos de identificação e 88,5% não recebem qualquer benefício do Estado (dentre benefícios previdenciários, assistenciais e provenientes de programas sociais). Além disso, informam que sofrem discriminação ao entrar em estabelecimentos comerciais (31,8%), em *shopping centers* (31,3%), em veículos de transporte coletivo (29,8%), em bancos (26,7%), em órgãos públicos (21,7%), para receber atendimento de saúde (18,4%) e para tirar documentos (13,9%).¹⁸

¹⁵ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCF, abr. 2008. p. 10.

¹⁶ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCF, abr. 2008. p. 7.

¹⁷ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCF, abr. 2008. p. 8.

¹⁸ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCF, abr. 2008. p. 11-13.

Diante do exposto, verifica-se que, embora o objetivo da pesquisa fosse traçar um perfil socioeconômico das populações de rua nas cidades brasileiras, seus resultados acabaram compondo um verdadeiro retrato de exclusão social. Tal é o grau de exclusão desses indivíduos que, não bastasse o fato de serem privados do mínimo necessário a uma existência digna, deixam também de ser reconhecidos como sujeitos de direitos.

1.2 A exclusão social do morador de rua brasileiro e o seu não reconhecimento como sujeito de direitos

A compreensão acerca da exclusão do morador de rua é de fundamental importância para o estudo das “políticas de enxotamento” em razão da carga significativa que impõe a essas pessoas, rotulando-as negativamente. Contudo, antes que se possa falar em exclusão é necessário falar em inclusão, já que a primeira não pode existir sem que tenha havido a segunda.¹⁹ Assim, o questionamento inicial de que se parte diz respeito a como um indivíduo se mantém incluído na sociedade. Uma resposta para isso pode ser encontrada no elemento de coesão social que Émile Durkheim chamou de “consciência coletiva”.

A “consciência coletiva” de Durkheim nada mais é que um “conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade que se expressaria na forma de normas orientadoras do comportamento dos indivíduos no contexto das relações sociais.”²⁰ Segundo o autor, essa consciência estaria diretamente ligada à existência de vínculos sociais bastante estreitos entre os indivíduos e seria o elo que os uniria, tornando possível a vida em sociedade. Contudo, com o advento da divisão do trabalho e do progresso por ela desencadeado, a “consciência coletiva” teria perdido sua força, cedendo lugar a um novo elemento de coesão social: a interdependência dos indivíduos. Esse novo modelo de união fundada na interdependência dos indivíduos Durkheim chamou de “solidariedade orgânica”, em oposição à “solidariedade mecânica” em

¹⁹ Nesse ponto, utilizou-se a noção de “sociedade bulímica” de Jock Young. YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 125-126.

²⁰ Durkheim apud COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia**: introdução à ciência da sociedade. São Paulo: Moderna, 1997. p. 62.

que imperava a consciência coletiva e a união dos indivíduos por costumes, tradições e relações sociais bastante estreitas.²¹

A “solidariedade orgânica”, característica marcante das sociedades capitalistas, embora não seja exclusiva destas, baseia-se na coesão social a partir da dependência de um indivíduo em relação ao outro. Tal dependência origina-se da divisão do trabalho, que, ao segmentar o processo produtivo, impede que o indivíduo se torne auto-suficiente, vinculando-o ao grupo.

O próprio autor já reconhecia, no entanto, que essa mesma divisão do trabalho que gerava coesão na forma de interdependência também a enfraquecia na medida em que atenuava a “consciência coletiva”. Isso porque somente um controle menos rígido sobre a formação do indivíduo poderia permitir o surgimento da diferença, matéria prima para a criação da chamada mão-de-obra especializada pressuposto do sistema produtivo baseado na divisão do trabalho.²²

Assim, da mesma maneira que a divisão do trabalho distancia os indivíduos para permitir a diferença, ela também produz uma mentalidade individualista que reduz a consciência do público e torna rarefeitas as relações sociais.²³ Tal fenômeno pode ser verificado em sociedades como a brasileira, por exemplo, em que é excessiva a especialização.

Em sociedades como essas, em que os laços indivíduo a indivíduo já se encontram bastante enfraquecidos, fica a cargo de cada um garantir seu lugar de acordo com seu valor individual, de acordo com seu “merecimento”. Contudo, nem todos logram êxito nessa luta por um lugar na sociedade. No caso dos moradores de rua, a perda de sua função produtiva os torna desnecessários ao grupo, portanto, descartáveis. O desemprego, no entanto, apesar de sua ex-

²¹ COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia**: introdução à ciência da sociedade. São Paulo: Moderna, 1997. p. 63-64.

²² Nas palavras de Durkheim: “Se, de fato, por um lado a separação das funções sociais possibilita ao espírito de detalhe um feliz desenvolvimento, impossível de qualquer outra maneira, ela tende espontaneamente, por outro lado, a sufocar o espírito de conjunto ou, pelo menos, a entravá-lo profundamente. Do mesmo modo, do ponto de vista moral, ao mesmo tempo que é assim posto sob uma estreita dependência da massa, cada um é naturalmente desviado dela pelo próprio desenvolvimento de sua atividade especial, que o chama constantemente de volta seu interesse privado, de que só vagamente percebe a verdadeira relação com o interesse público [...]” DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 372-373.

²³ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 373.

pressividade, não é o único fator a ensejar a exclusão do morador de rua. Os próprios resultados da Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua indicaram como motivo da ida para as ruas, além do desemprego, a dependência química e problemas familiares.²⁴

Independentemente do motivo, uma vez rompidos os laços que uniam o indivíduo ao grupo social, ele passa a não mais integrá-lo, passa a ocupar posição inferior até mesmo à classe social mais subalterna. Diferentemente desta, o conjunto formado pelos indivíduos que vivem na rua não faz jus sequer à denominação de classe social, pois não integra a sociedade. Trata-se de um grupo de excluídos que compõem uma *underclass*, conceito que Zygmunt Bauman explica da seguinte maneira:

Ser *underclass* significa estar definitivamente fora do sistema de classes; portanto, não é alguém de uma classe inferior, alguém que está lá embaixo para quem – observem – ainda existe uma escada, e podemos acreditar que conseguirá subi-la, se receber ajuda. Ser *underclass* significa estar fora, excluído, não servir para nada.²⁵

Em razão dessa condição de *underclass* dos moradores de rua, eles e a sociedade serão referidos durante este trabalho como elementos distintos, uma vez que, conforme verificado anteriormente, tais indivíduos perderam o elo que os unia ao grupo, encontrando-se agora excluídos da sociedade.

Tal é o grau de exclusão dos moradores de rua que se poderia enquadrá-los como vítimas da chamada “nova exclusão”. Segundo Elimar Pinheiro do Nascimento, a exclusão social possuiria três acepções do ponto de vista sociológico. A primeira consistiria na exclusão social de forma ampla e genérica, semelhante à simples discriminação, seja ela em razão de raça, cor, gênero ou qualquer

²⁴ Segundo a pesquisa: “Os principais motivos pelos quais essas pessoas passaram a viver e morar na rua se referem aos problemas de alcoolismo e/ou drogas (35,5%); desemprego (29,8%) e desavenças com pai/mãe/irmãos (29,1%). Dos entrevistados no censo, 71,3% citaram pelo menos um desses três motivos (que podem estar correlacionados entre si ou um ser consequência do outro).” BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCE, abr. 2008. p. 7.

²⁵ Ao trecho transcrito Bauman ainda acrescenta: “A única função positiva que a *underclass* pode desempenhar é induzir as pessoas decentes, as pessoas comuns, a se agarrarem ao tipo de vida que vivem, pois a alternativa é horrível demais para que sequer se possa levá-la em consideração. A alternativa é cair na *underclass*.” BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009. p. 83.

outro fator. A segunda consistiria na privação de direitos, englobando as classes sociais inferiores que, em razão de sua posição menos favorecida, muitas vezes não gozam de direitos básicos como saúde e educação. A terceira seria a “nova exclusão”. Esse novo modelo de exclusão equivaleria ao anterior levado um passo adiante. Seria um modelo em que o indivíduo excluído não experimentaria apenas a privação de direitos, mas também os efeitos do seu não reconhecimento como sujeito de tais direitos.²⁶ Segundo Elimar Pinheiro do Nascimento:

Neste caso, o não-reconhecimento vai além da negação ou recusa de direitos. Insere-se em um processo de – usando uma frase famosa de Hannah Arendt – recusa ao espaço da obtenção de direitos. Estes grupos sociais – moradores de rua, índios ou modernômades²⁷ – passam a “não ter direito a ter direitos”. Sem serem reconhecidos como semelhantes, a tendência é expulsá-los da órbita da humanidade.²⁸

Diante disso, verifica-se que, na “nova exclusão”, o indivíduo deixa de ser reconhecido pelos demais como um semelhante. Sobre esse assunto são valiosas as contribuições de Axel Honneth. Segundo ele, conceitos negativos como ofensa e desrespeito, no sentido de ofensa a direitos e desrespeito a direitos, somente alcançariam seu sentido pleno quando se levasse em conta o elemento implícito da expectativa de reconhecimento do indivíduo que teve seus direitos desrespeitados.²⁹ Em outras palavras, para haver ofensa ou desrespeito a direitos seria necessário que existisse antes uma expectativa de reconhecimento desses direitos por parte daquele que teve seus direitos ofendidos ou desrespeitados. Honneth ainda prossegue dizendo que a aceitação do indivíduo pelo grupo e o seu reconhecimento como um semelhante seriam fatores essenciais à formação do indivíduo e seriam obtidos com o “amor” (ligações emotivas fortes, englobando a afeição entre casais, o amor entre pais e filhos e até mesmo a ami-

²⁶ NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Dos excluídos necessários aos excluídos desnecessários. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). **No meio da rua: nômades, excluídos e viradores**. Rio de Janeiro: Garamond, 2000. p. 56-87.

²⁷ Com respeito ao uso da palavra modernômades, Elimar valeu-se do termo utilizado por Cristovam Buarque no prefácio do livro “Da Utopia à Exclusão: vivendo nas ruas em Brasília” para se referir aos nômades da modernidade, indivíduos que vagam pelo Brasil a fora, deslocando-se de cidade em cidade em busca de oportunidades. BURSZTYN, Marcel; Carlos Henrique Araújo. **Da utopia à exclusão: vivendo nas ruas em Brasília**. Rio de Janeiro: Garamond / Codeplan, 1997.

²⁸ NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Dos excluídos necessários aos excluídos desnecessários. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). **No meio da rua: nômades, excluídos e viradores**. Rio de Janeiro: Garamond, 2000. p. 56-87.

²⁹ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 213.

zade), o “direito” (reconhecimento jurídico, segundo o qual o indivíduo pode ser visto como sujeito moral, titular de direitos e deveres) e a “solidariedade” (aproximação entre os indivíduos em decorrência do reconhecimento de seu valor social).³⁰ Tal reconhecimento, no entanto, nem sempre seria concedido ao indivíduo, configurando nesse caso um desrespeito que poderia vir na forma de negação de qualquer um dos três elementos anteriormente citados: “amor”, “direito” ou “solidariedade”. No caso específico dos moradores de rua, a forma de não reconhecimento mais evidente se dá com a negativa do “direito”. Honneth a explica da seguinte maneira:

De início, podemos conceber como “direitos”, grosso modo, aquelas pretensões individuais com cuja satisfação social uma pessoa pode contar de maneira legítima, já que ela, como membro de igual valor em uma coletividade, participa em pé de igualdade de sua ordem institucional; se agora lhe denegamos certos direitos dessa espécie, então está implicitamente associada a isso a afirmação de que não lhe é concedida imputabilidade moral na mesma medida que aos outros membros da sociedade.³¹

Essa modalidade de não reconhecimento, a negativa do “direito”, pode ser verificada em discursos como o da dona de casa moradora do bairro de Jaguaré que, ao reclamar com o prefeito sobre os favelados que haviam se instalado próximo à sua residência, é contestada com a seguinte frase “Minha senhora, são gente!”, ao que responde “Não senhor! São indigente!”.³²

Nota-se que a situação de pobreza extrema a que estão submetidas algumas pessoas parece torná-las menos humanas aos olhos da sociedade, que lhes retira o *status* de “gente”, ainda que normativamente todos sejam “iguais perante a lei”.³³ Sobre esse assunto, Axel Honneth já ressaltava que “a experiência da privação de direitos se mede não somente pelo grau de universalização, mas também pelo alcance material dos direitos institucionalmente garantidos”. Ou seja, a universalidade da garantia formal de direitos, expressa, no âmbito interno,

³⁰ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 155-211.

³¹ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 216.

³² Entrevista realizada por Maria Cristina Guarnieri. CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000. p. 82.

³³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2011. Artigo 5º, *caput*.

pela igualdade de todos perante a lei e, no âmbito internacional, pelo conceito de pessoa humana a quem se garante a liberdade e a igualdade “em dignidade e direitos”,³⁴ não bastaria a eliminar as possibilidades de que alguns indivíduos sejam privados de seus direitos. Isso porque a correspondência entre norma e realidade nem sempre é verdadeira. Dessa forma, seria necessário verificar o grau de aplicabilidade dos dispositivos que normatizam o direito para, só então, concluir se de fato garante-se o que é devido a todos aqueles a quem a norma acoberta. No caso brasileiro, não é difícil concluir a absoluta incompatibilidade entre norma e realidade, uma vez que a todos é garantido o direito à moradia,³⁵ mas são pelo menos 31.922 as pessoas que vivem em situação de rua nas cidades brasileiras.³⁶

Honneth dá seguimento à sua análise sobre o fenômeno do não reconhecimento para dizer que “se ações dirigidas por normas ricocheteiam em situações porque são infringidas as normas pressupostas como válidas, então isso leva a conflitos ‘morais’ no mundo da vida social”.³⁷ No âmbito do íntimo do indivíduo, a experiência do não reconhecimento produz um sentimento de não estar “moralmente em pé de igualdade” com os demais, de ser “alguém de valor social menor”,³⁸ ele perde seu autorrespeito. Consequência disso é outro sentimento: a vergonha, que para Honneth

[...] representa a excitação emocional que domina um sujeito quando ele não pode simplesmente continuar a agir, por conta da experiência de um desrespeito para com as pretensões do ego; o que ele experiencia acerca de si mesmo em um semelhante sentimento é a dependência constitutiva de sua própria pessoa para com o reconhecimento por parte dos outros.³⁹

Em outras palavras, ao experimentar a vergonha o indivíduo descobre a sua necessidade de reconhecimento. Esta, por sua vez, seria propulsora de uma

³⁴ ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Artigo I.

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2011. Artigo 6º, *caput*.

³⁶ Esse foi o número apurado pela Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua de abril de 2008 realizada em 71 cidades brasileiras. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCE, abr. 2008. p. 6.

³⁷ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 222.

³⁸ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 223.

³⁹ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 223.

luta por reconhecimento que poderia vir a se expressar na forma de resistência política, como um movimento social.⁴⁰ No caso dos moradores de rua, a exclusão e o não reconhecimento serviram de substrato para a criação do Movimento Nacional da População de Rua.

1.3 Movimento Nacional da População de Rua: origens

O Movimento Nacional da População de Rua tem como marco temporal de sua organização o ano de 2005, quando ocorreu o 4º Festival Lixo e Cidadania. Na ocasião desse festival, reuniram-se em Belo Horizonte moradores de rua dos estados da Bahia, Minas Gerais, Mato Grosso, Rio de Janeiro e São Paulo para discutir a possibilidade de organização dos moradores de rua em âmbito nacional. Até então, havia somente pequenas organizações regionais de atuação bastante limitada, restringindo-se muitas vezes apenas à área geográfica dos municípios. Em muitos locais, elas nem mesmo existiam e a representação dos moradores de rua era feita por entidades religiosas com destaque para a Pastoral da Rua. Dessa forma, tendo em vista a necessidade de os moradores de rua adquirirem voz própria, o grupo de discussão reunido em Belo Horizonte decidiu, em setembro de 2005, pela criação do Movimento Nacional da População em Situação de Rua (MNPR). O objetivo era a “conquista dos direitos que a elas [pessoas que vivem na rua] são negados”.⁴¹

A fim de analisar a formação do Movimento Nacional da População de Rua resgatamos uma abordagem sociológica clássica dos movimentos sociais que predominou nos Estados Unidos até a década de 60 e que considerava os comportamentos coletivos “fruto de tensões sociais”. Segundo Maria da Glória Gohn:

O grande ponto de destaque nos estudos clássicos é a ênfase na abordagem sociopsicológica. Herdada da Escola de Chicago, formou-se uma tradição de se explicar o comportamento coletivo das massas por meio da análise das relações dos indivíduos, enquanto seres humanos com certas características biológicas e culturais. É interessante porque a perspectiva psicossocial não se resumia a uma abordagem de microrrelações sociais. O indivíduo era visto dentro de macroestruturas sociais. A grande questão era sua inadap-

⁴⁰ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 224.

⁴¹ FALA RUA. **O movimento**. Disponível em <http://www.falarua.org/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=80>. Acesso em: 25 maio 2011. 17:57.

tação àquelas estruturas, gerando desajustes e conflitos. Os movimentos nasciam neste universo, eram vistos como elementos disruptivos à ordem social vigente.⁴²

Dessa forma, embora se trate de uma vertente sociológica antiga, entendemos que ela ainda se presta suficientemente bem ao papel de explicar como se origina um movimento popular como o MNPR, principalmente se considerarmos que as teorias clássicas foram postas de lado em razão de mudanças no contexto da sociedade norte-americana dos anos 1970, quando surgiram movimentos como o dos ambientalistas e o dos homossexuais, os quais as teorias clássicas já não mais explicavam de forma satisfatória, não significando, contudo, que não possam explicar outros tipos de movimento.

Assim, tendo em mente a luta por reconhecimento de que tratou Axel Honneth, verificamos que as teorias sociológicas clássicas ainda são de grande contribuição para a análise do surgimento do MNPR, uma vez que este se funda sobre o não reconhecimento do indivíduo morador de rua como sujeito de direitos. Encontramos referência a esse não reconhecimento inclusive no texto de apresentação do movimento em sua página virtual:

Há um conjunto de reivindicações provocadas pela violação e negação dos direitos das pessoas que no desespero extremo acabam por ter a rua como único lugar de moradia e sobrevivência, onde as violações dos direitos se intensificam.⁴³

Ainda preservando o ponto de vista interacionista, segundo o qual os significados se constroem a partir da interação entre os indivíduos,⁴⁴ os movimentos sociais prestar-se-iam à função de “construtores de identidades de determinados seguimentos da sociedade”.⁴⁵ Tal identidade consistiria em um sentimento de pertencimento a um grupo, seria a inclusão no grupo face à exclusão da sociedade no caso das “minorias ou das situações de exclusão/segregação”.⁴⁶ Ao tratar

⁴² GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais**: paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo: Loyola, 1997. p. 328-329.

⁴³ FALA RUA. **O movimento**. Disponível em <http://www.falarua.org/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=80>. Acesso em: 25 maio 2011. 17:57.

⁴⁴ MEAD, Charles H. *Mind, self and society: from the standpoint of a social behaviorist*. Chicago: The University of Chicago Press.

⁴⁵ GOHN, Maria da Glória. **Movimentos Sociais**. São Paulo: Loyola Multimídia, 1998. 1 VHS (21 min).

⁴⁶ ZACKESKI, Cristina. Movimentos sociais e participação cidadã. **Universitas/Jus** (UNICEUB), Brasília, v. 10, p. 85-98, 2004.

sobre o binômio inclusão/exclusão, Cristina Zackseski apresenta características que funcionariam como elementos agregadores daqueles que vivenciam uma situação de exclusão,

[...] que vão desde características biológicas tais como raça, cor, gênero, idade, condição física (como a dos portadores de necessidades especiais), até características sociais como é o caso dos sem terra, sem moradia, sem emprego, sem educação, sem renda, que se somam às culturais, como é o caso dos punks e de outras tribos. Estas características podem ser, então, ao mesmo tempo, fator de inclusão no grupo e de exclusão da sociedade ou do acesso aos direitos que deveriam ser garantidos a todos pelo Estado, tal como consubstanciado no princípio da igualdade.⁴⁷

É sobre a identificação dessas características comuns e sobre a construção de uma identidade que trata Samuel Rodrigues, integrante da coordenação nacional do MNPR, ao dizer: “[...] quando eu encontro esse movimento, eu acho que eu descobri minha luta de fato. O meu povo, os meus companheiros estavam lá o tempo todo, e eu não via, porque eu passava pela cidade, eu não ficava. Acho que foi o fato de me identificar que me fez ficar.”⁴⁸

Quando Samuel menciona o fato de não ficar nas cidades, estando sempre de passagem, ele se refere ao comportamento dos chamados “trecheiros”. Estes são indivíduos que, embora também vivam na rua, adotam um estilo de vida diverso do dos moradores de rua tradicionais, vivendo em constante trânsito. É a partir da análise comparativa entre o “trecheiro” e o morador de rua tradicional que se torna possível visualizar a relevância do assunto do reconhecimento de valores pelos indivíduos para compreender o fenômeno da exclusão social. Ressalta-se aqui que não se trata do reconhecimento do indivíduo pela sociedade, mas sim do reconhecimento dos valores da sociedade pelo indivíduo excluído.

⁴⁷ ZACKSESKI, Cristina. Movimentos sociais e participação cidadã. *Universitas/Jus* (UNICEUB), Brasília, v. 10, p. 85-98, 2004.

⁴⁸ RODRIGUES, Samuel. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 26 ago. 2010.

I.4 Reconhecimento de valores pelo indivíduo: “trecheiros” e moradores de rua tradicionais

A Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua revelou um percentual de 11,9% dos entrevistados que afirmaram já ter vivido em mais de seis cidades diferentes. Esse dado, segundo a pesquisa, revelaria um comportamento de “trecheiro”.⁴⁹ “Trecheiro” é o termo utilizado para se referir ao indivíduo morador de rua que, ao invés de permanecer em uma única cidade, opta por viajar, “pegar o trecho”, passando por diversas cidades e nunca se instalando em uma delas em definitivo. Instrumento fomentador dessa prática é a ânsia dos estados por se livrar dos moradores de rua impulsionando-os para fora de seu território, para que sigam viagem até o estado vizinho.⁵⁰

Samuel Rodrigues, integrante da coordenação nacional do MNPR, era “trecheiro” e nos informou que, em muitos estados da federação, os indivíduos moradores de rua, quando chegam à cidade, recebem uma oferta de custeio do seu transporte para a próxima cidade. Esse é o caso de Minas Gerais, onde, segundo Samuel, “de cidade em cidade você consegue uma passagem de trem. Você chega, se identifica no albergue e ela diz assim: ‘Aqui você pode ficar sete dias no albergue e se virar ou você pode ficar três e nós te damos uma passagem.’”. Práticas como essa são a solução encontrada por alguns governos locais para lidar com os moradores de rua, o que Samuel denominou de “passar o problema pra frente”.⁵¹

Apesar de serem exemplo de má gestão pública, tais práticas permitem o surgimento de um estilo de vida alternativo do morador de rua, o de “trecheiro”. Diferentemente do morador de rua tradicional que costuma realizar todos os atos da vida cotidiana nos centros urbanos, englobando atividades como a procura diária por trabalho e comida, um eventual pedido de esmola caso não logrem êxito em obter dinheiro por conta própria e até mesmo a hora de dormir; o “trecheiro” viaja de cidade em cidade, ora em transporte custeado pelos governos locais, ora de carona com caminhoneiros, e permanece nas cidades por

⁴⁹ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCF, abr. 2008. p. 8.

⁵⁰ RODRIGUES, Samuel. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 26 ago. 2010.

⁵¹ RODRIGUES, Samuel. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 26 ago. 2010.

curtos períodos de tempo, ficando apenas por tempo suficiente para conhecer o local, conseguir alimento e dinheiro, partindo em viagem logo em seguida. Em geral, dormem em estradas ou paradas de caminhão já próximas à saída da cidade. No entanto, por mais curiosos que sejam os hábitos dos “trecheiros”, sua principal distinção com relação aos demais moradores de rua encontra-se na questão do reconhecimento de valores.

Sobre esse assunto Jock Young, em análise acerca dos processos de exclusão social, propôs o conceito de “sociedade bulímica”. Trata-se de uma sociedade que primeiro absorve o indivíduo para depois expeli-lo. Young defende que uma sociedade não poderia ser somente excludente, ela deveria praticar primeiro a inclusão e depois a exclusão. Tal inclusão seria feita por meio da cultura e seria necessária em razão de o indivíduo somente poder ser excluído, sentindo-se rejeitado pela sociedade, quando compartilhasse dos valores dela. Somente assim, a rejeição causaria sobre o indivíduo os efeitos da exclusão.⁵²

Dessa forma, embora seja delicado falar em um menor grau de exclusão do morador de rua que adota o estilo de vida de “trecheiro” em relação ao morador de rua que não o faz, é isso o que se propõe, pois esses indivíduos deixam de reconhecer alguns valores fundamentais da cultura da sociedade tradicional brasileira, dentre eles a moradia e o trabalho. O “trecheiro”, diferentemente dos demais moradores de rua, não considera indispensável ter uma casa para morar e não vincula sua dignidade à qualidade de trabalhador. Transcreve-se a seguir parte do depoimento de Samuel em que ele deixa transparecer essa distinção de forma bastante clara:

Quando meu casamento acabou aí eu peguei o trecho. [...] Eu morava na rua, só que eu nunca fiquei numa cidade muito tempo morando na rua. Ou eu chegava e me virava, ou eu ia embora procurar outro espaço. Como eu tinha abdicado da questão do dinheiro, eu descobri que era possível viver sem ter dinheiro, aí eu falei: “Sabe, eu vou ficar andando [...]. Eu não preciso de uma casa, eu não preciso de muita roupa, eu não preciso de um carro, eu não preciso de nada disso. Eu vou viver aí a minha sociedade alternativa.”⁵³

⁵² YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 125-126.

⁵³ RODRIGUES, Samuel. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 26 ago. 2010.

Diante dessas informações, pode-se afirmar que o comportamento distinto do “trecheiro” com relação ao morador de rua tradicional, bem como a sua forma diversa de encarar a vida nas ruas, são resultado de uma diferença nos valores por ele reconhecidos. Ao deixar de reconhecer valores como moradia e trabalho, o “trecheiro” sofre menos com a experiência do não reconhecimento, uma vez que não ter moradia nem trabalho, a seu ver, não lhe causa tantos prejuízos. O “trecheiro” acredita que é possível viver dignamente sem esses bens e opta por fazê-lo.

Vale ressaltar, no entanto, que o indivíduo, quando opta por uma vida no “trecho”, em geral já se encontra na condição de morador de rua, de excluído. Ou seja, são indivíduos que, assim como o próprio Samuel, um dia foram incluídos, pertenceram à sociedade, reconheceram seus valores, mas, por algum motivo, tiveram seus vínculos com ela rompidos, sendo levados a viver na rua. Nesse momento, optaram por fazê-lo de forma diversa dos demais, abdicando de alguns valores da sociedade que os excluiu. Entretanto, outros valores são preservados, como é o caso do direito à saúde e à segurança. Daí o fato de a identidade de morador de rua poder ser formada mesmo entre os “trecheiros”, como ocorreu com Samuel. Isso porque, apesar de agirem de forma diversa, a vida no “trecho” também é uma vida na rua. Acrescente-se a isso o fato de que a própria sociedade contribui para fortalecer essa identidade na medida em que não faz distinção entre o “trecheiro” e o morador de rua tradicional, rotulando-os todos de uma mesma maneira: moradores de rua.

Talvez justamente em razão dessa diversidade interna as reivindicações do Movimento Nacional da População de Rua sejam menos específicas em termos de direitos que deveriam ser garantidos, não podendo o MNPR ser enquadrado no rol dos movimentos de luta pela moradia, por exemplo. “Os sem-tetos lutam por teto, desempregados por trabalho etc. No caso da população de rua a luta não se restringe ao teto, ao trabalho ou à terra.”⁵⁴, é mais ampla, abarcando reivindicações por moradia, saúde, segurança, trabalho etc.

Contudo, ainda que bastante abrangentes as reivindicações do movimento, suas conquistas deixam transparecer a predominância de alguns valores da sociedade tradicional que não necessariamente são comuns a todos os indivíduos em situação de rua. Os principais exemplos são: o trabalho e a família.

⁵⁴ FALA RUA. **O movimento**. Disponível em <http://www.falarua.org/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=80>. Acesso em: 25 maio 2011. 17:57.

1.5 Conquistas do movimento

Desde a sua criação em 2005, o Movimento Nacional da População de Rua teve participação política importante em dois grandes momentos para aquele segmento da população: a elaboração da Política Nacional para Inclusão Social da População em Situação de Rua e a edição do Decreto nº 7.053/09. A primeira é resultado de um Grupo de Trabalho Interministerial instituído em 2006 que contava com a participação de membros dos Ministérios das Cidades, da Cultura, do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, da Educação, da Saúde, do Trabalho e Emprego, do Ministério da Justiça, da Secretaria Especial de Direitos Humanos e da Defensoria Pública da União, além da sociedade civil organizada.

O documento da Política, editada em maio de 2008, trouxe um conjunto de orientações bastante genéricas sobre como o Poder Público deveria tratar o assunto dos moradores de rua, indicando a direção em que deveriam ser orientadas as medidas voltadas para esse segmento da população. Para tanto, foram elencadas desde diretrizes como a "Implementação de políticas públicas nas esferas federal, estadual e municipal, estruturando as políticas de saúde, educação, assistência social, habitação, geração de renda e emprego, cultura e o sistema de garantia e promoção de direitos, entre outras, de forma intersetorial e transversal garantindo a estruturação de rede de proteção às pessoas em situação de rua.", até disposições acerca da "inclusão de pessoas em situação de rua no Benefício de Prestação continuada".⁵⁵ No entanto, embora respeitável o conteúdo da Política, é de pouca aplicabilidade, uma vez que carece de regulamentação. Daí a persistência do MNPR em buscar a normatização de suas reivindicações com relação à situação do morador de rua.

Em 2009, o MNPR alcançou esse objetivo com a edição do Decreto nº 7.053/09 que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua e o correspondente Comitê de Acompanhamento e Monitoramento. Além de ser o primeiro ato normativo nacional voltado na íntegra ao atendimento dos interesses dos moradores de rua, o Decreto nº 7.053/09 também inovou ao eleger um modelo descentralizado de implementação da Política Nacional para a População em Situação de Rua. A proposta é que as ações destinadas a tornar concretos os ideais da Política sejam tomadas em âmbito local e articuladas entre

⁵⁵ GOVERNO FEDERAL. **Política nacional para inclusão social da população em situação de rua**. Brasília, maio 2008.

os diversos entes federativos. O que se quer evitar é a dependência da Política de iniciativas exclusivamente federais que, embora mais abrangentes, trazem como contrapartida o distanciamento das realidades locais. Com o objetivo de aproximar a proposta da Política das instâncias administrativas locais, o Decreto previu um instrumento de adesão que definiria as atribuições e responsabilidades dos entes federativos ou mesmo seus órgãos setoriais que se comprometessem a adotar medidas com vistas à concretização dos objetivos da Política Nacional para a População em Situação de Rua. Ao tornar a adesão voluntária, espera-se nutrir a sensação de compromisso da comunidade local para com a busca da melhoria da qualidade de vida das populações de rua. É o que explica Sérgio Carvalho Borges, articulador regional sul do MNPR (eixo Porto Alegre - Curitiba):

A expectativa com o decreto é de que as próprias Secretarias possam ter uma outra visão, um outro olhar, possam estar um pouco mais sensíveis, já que o próprio decreto traz diretrizes da questão da habitação, saúde e assistência social; aonde, para que se implemente no município, não só no município, em todos os estados, eles devem assinar um termo de adesão e isso deve passar por todas as secretarias já que também elas [...] devem se responsabilizar, ou seja, a gente construiu uma política assim responsabilizando não só o Poder Público, mas todas as secretarias e elas vão ter que se submeter a pelo menos apreciar, o que nos aponta, o que nos indica a possibilidade de direitos [...] Então a gente vê assim como uma forma que [...] elas passem a ver melhor ou pensar melhor sobre como é a atuação delas, já que junto com isso não vão ser só secretarias, não vai ser só o Poder Público, vamos dizer assim, não vai ser só o Poder Público Municipal que vai ter que se responsabilizar, que vai ter que se comprometer e aderir, mas a sociedade também [...] Tem ali o projeto de que a gente vá estar publicizando o decreto, a gente vai estar publicizando a política nacional [...] Então a gente vê como uma possibilidade de mudança da atual conjuntura [...].⁵⁶

Dessa forma, observa-se que o objetivo principal do Decreto é a aproximação da Política, eminentemente pública, da população, do povo. Tal fato faz transparecer uma forma de atuação diferenciada do MNPR com relação aos

⁵⁶ MACHADO, Viridiana; Sérgio Carvalho Borges. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 26 ago. 2010.

movimentos sociais populares que predominaram no Brasil na década de 1970. Trata-se de algo que o próprio Sérgio já constataria em seu discurso: a publicização do público.

1.6 Movimento Nacional da População de Rua: atuação

Em entrevista concedida em 1998 à editora Loyola Multimídia no Programa Terceiro Milênio da Série Educação, Maria da Glória Gohn previu uma mudança na forma de atuação dos movimentos sociais brasileiros no início do século XXI. Ela dizia esperar que os movimentos buscassem parcerias com o Poder Público. Diversamente da tendência de conflito entre movimentos sociais e Poder Público que imperou nos anos 1970, em que as reivindicações dos movimentos eram atendidas como forma de neutralizá-los, a socióloga esperava para o início do novo século uma aproximação desses dois atores sociais. Acreditava que a nova tendência seria um “fazer juntos”. Para tanto menciona a diferença entre “público estatal” e “público em geral”. O primeiro referir-se-ia à coisa pública de propriedade do Estado, enquanto o segundo, à coisa pública para uso de todos, acessível a todos.⁵⁷

Nesse sentido, falava, como também o fez Sérgio, em “publicização da coisa pública”, tornar “público em geral” aquilo que até então era apenas “público estatal”, o que nada mais é que a participação do povo no gerenciamento daquilo que é de interesse de todos. É justamente isso que pretende o Movimento Nacional da População de Rua com a sua participação na elaboração tanto do documento da Política Nacional para Inclusão Social da População em Situação de Rua de 2008 quanto do Decreto nº 7.053/09.

Na mesma entrevista, Maria da Glória Gohn foi questionada se tal proximidade com o Poder Público não descaracterizaria o movimento, ao que ela respondeu que tal risco poderia existir se os vínculos do movimento com as suas bases populares não fossem muito fortes.⁵⁸ No caso do MNPR, ainda é muito cedo para saber que rumo irá tomar. Contudo, já é possível constatar indícios de que as próximas ações do MNPR trarão de forma ainda mais intensa reivindicações por segurança, já presentes tanto no texto da Política de 2008 como no

⁵⁷ GOHN, Maria da Glória. **Movimentos Sociais**. São Paulo: Loyola Multimídia, 1998. 1 VHS (21 min).

⁵⁸ GOHN, Maria da Glória. **Movimentos Sociais**. São Paulo: Loyola Multimídia, 1998. 1 VHS (21 min).

do Decreto e que começam a predominar nos discursos dos moradores de rua engajados no Movimento, conforme foi possível verificar no Seminário Estadual da População em Situação de Rua que ocorreu em Brasília nos dias 25 e 26 de agosto de 2010 ao qual esta autora teve a oportunidade de comparecer.⁵⁹

⁵⁹ SEMINÁRIO ESTADUAL DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA, ago. 2010, Brasília/DF.

O CLAMOR SOCIAL POR SEGURANÇA

As recentes reivindicações do Movimento Nacional da População de Rua por segurança encontram aparente consonância com o atual clamor social também nesse sentido. No entanto, esses dois objetivos, embora recebam o mesmo nome, acabam se chocando quando ações da própria sociedade causam insegurança aos moradores de rua. A sociedade, em contra partida, justifica tais ações com a alegação de que são os moradores de rua que lhe causam insegurança, afirmação esta que encontra amparo na etiqueta de perigoso a eles facilmente atribuída em razão de sua condição de *outsiders* em relação à sociedade.¹

II.1 O morador de rua como *outsider* e perigoso

Não é difícil concluir que o morador de rua seja um *outsider* quando se está diante do conceito fornecido por Howard Becker. Para o autor, *outsider* é “aquele que se desvia das regras do grupo”,² “alguém de quem não se espera viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo”.³ O morador de rua das cidades brasileiras certamente não vive de acordo com as regras da sociedade. Sem moradia, local destinado não só a abrigar o indivíduo das intempéries, mas também a servir de palco para suas relações pessoais e atividades mais íntimas, o morador de rua acaba utilizando a rua para tal finalidade. Isso significa comer, dormir, excretar, criar seus filhos em público, em locais públicos, ferindo gravemente a cisão entre público e privado estabelecida pela sociedade.⁴ Assim,

¹ A rotulação do morador de rua como perigoso não encontra, no entanto, amparo nas estatísticas referentes a perfis de autores de delitos.

² BECKER, Howard Saul. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X. de Borges. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 17.

³ BECKER, Howard Saul. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X. de Borges. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 15.

⁴ Cláudia Turra Magni diz: “Ao utilizarem locais públicos como calçadas, viadutos, praças, parques, etc, com finalidades domésticas, essas pessoas afrontam o ideal de controle e domesticação do meio citadino, além de corromperem a ordem de classificação (público/privado) dos espaços urbanos. Dormir, comer, excretar, copular, divertir-se, brigar, enfim, sobreviver e conviver com os seus pares na própria rua subverte a organização espacial citadina.” MAGNI, Cláudia Turra. *Nomadismo urbano*: uma etnografia sobre moradores de rua em Porto Alegre. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. p. 37-38.

ao fazer da rua, espaço público por excelência, cenário de sua vida privada, o indivíduo morador de rua torna-se inegavelmente um *outsider*. Tal característica permite que ele receba com mais facilidade outras etiquetas negativas. A etiqueta de criminoso é uma delas.

Referida etiqueta, conforme ressaltado pelos teóricos da Reação Social,⁵ é atribuída de forma marcadamente seletiva na segunda fase do processo de criminalização. A primeira consiste na seleção das condutas a serem criminalizadas e a segunda, na efetiva atribuição das etiquetas aos indivíduos.⁶ Essa segunda fase do processo de criminalização ocorre de forma bastante desigual, incidindo mais sobre alguns indivíduos do que sobre outros e nem sempre encontrando correspondência na prática da conduta pelo indivíduo. Indivíduos pobres ou que já carreguem outras etiquetas negativas têm maiores chances de receber a etiqueta de criminoso,⁷ o que não necessariamente requer a prévia prática da conduta pelo indivíduo. Isso porque, às vezes, as etiquetas são atribuídas gratuitamente, sem que haja necessidade de comprovação da prática do ato, como ocorre com o morador de rua que, independentemente de haver cometido algum delito, é taxado como criminoso, como um perigo para a sociedade.

Tal atribuição indiscriminada da etiqueta de criminoso aos moradores de rua é decorrência de algo que Teresa Pires do Rio Caldeira chamou de “fala do crime”. Trata-se de relatos de fatos criminosos que, contados e recontados inúmeras vezes, acabam por criar na mente dos indivíduos a imagem de um

⁵ A teoria da Reação Social ou *Labeling Approach* tem como base a noção de que a reprovabilidade de uma conduta não é algo inerente a ela, mas sim uma característica que lhe é atribuída pela sociedade.

⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 16, n. 30, p. 24-36, jun. 1995. Disponível em <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1514/showToc>>. Acesso em: 26 maio 2011. 19:43.

⁷ Sobre a seletividade do processo de criminalização, Vera Regina Pereira de Andrade explica: “[...] A minoria criminal “perigosa” a que se refere a explicação etiológica (Criminologia positivista) resulta de que as possibilidades (chances) de resultar etiquetado, com as graves conseqüências que isso implica, se encontram desigualmente distribuídas. E um dos mecanismos fundamentais desta distribuição desigual da criminalidade são precisamente os estereótipos de autores e vítimas que, tecidos por variáveis geralmente associadas aos pobres (baixo status social, cor etc) torna-os mais vulneráveis à criminalização [...]”. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 16, n. 30, p. 24-36, jun. 1995. Disponível em <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1514/showToc>>. Acesso em: 26 maio 2011. 19:43.

grupo de pessoas perigosas.⁸ A repetição desse processo permite criar na mente de vários indivíduos a mesma imagem, compondo um verdadeiro “imaginário do medo”⁹ na sociedade habitado por pessoas estereotipadas sob o rótulo de criminosas. Nas palavras de Teresa Pires do Rio Caldeira:

A fala do crime constrói sua reordenação simbólica do mundo elaborando preconceitos e naturalizando a percepção de certos grupos como perigoso. Ela, de modo simplista, divide o mundo entre o bem e o mal e criminaliza certas categorias sociais.¹⁰

Assim, da mesma forma que a rotulação do indivíduo como *outsider*, o “imaginário do medo” produzido a partir das “falas do crime” também opera generalizações. No caso do *outsider*, diz-se que ele perde parte de sua individualidade, pois deixa de ser visto como pessoa, como ser autônomo, passando a ser tratado apenas em função da categoria que integra.¹¹ Fenômeno semelhante ocorre na produção do “imaginário do medo”,¹² quando a característica de perigoso é atribuída não só ao indivíduo protagonista da narrativa criminosa reproduzida na fala do crime, mas a um grupo de indivíduos cujas características condizem com as do autor do delito. Assim, rotula-se o grupo em função da ação do indivíduo.

No caso dos moradores de rua, o cometimento de delitos por alguns indivíduos isoladamente importa na rotulação de todo o grupo como perigoso. Logo, a expectativa da sociedade com relação aos moradores de rua é de que venham a cometer “novos” delitos, pressupondo-se que tenham cometido o primeiro. Tal visão dos moradores de rua como potenciais infratores da ordem estabelecida é o que permite identificá-los como fator gerador de insegurança para a sociedade.

⁸ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros**: crime, segregação e cidadania em São Paulo. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000. p. 10.

⁹ AMARAL, Layne. O imaginário do medo: violência e segregação espacial na cidade do Rio de Janeiro. **Contemporânea**, Rio de Janeiro, ed. 14, vol. 18, n. 1, p. 34-45, jan./jul. 2010. Disponível em <<http://www.contemporanea.uerj.br/antiores/index14.html>>. Acesso em: 26 maio 2011. 19:31.

¹⁰ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros**: crime, segregação e cidadania em São Paulo. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000. p. 10.

¹¹ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X. de Borges. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

¹² AMARAL, Layne. O imaginário do medo: violência e segregação espacial na cidade do Rio de Janeiro. **Contemporânea**, Rio de Janeiro, ed. 14, vol. 18, n. 1, p. 34-45, jan./jul. 2010. Disponível em <<http://www.contemporanea.uerj.br/antiores/index14.html>>. Acesso em: 26 maio 2011. 19:31.

II.2 O sentimento de insegurança da sociedade

Enquanto o sentimento de insegurança dos moradores de rua advém das constantes violações de direitos por eles sofridas, a insegurança da sociedade parece repousar na impotência do indivíduo diante de reiteradas violações à ordem estabelecida.

Massimo Pavarini divide esse sentimento de insegurança da sociedade em objetivo e subjetivo. Segundo o autor, o primeiro consistiria no progressivo descumprimento das normas e o segundo, na percepção pelo indivíduo de que o ideal de moral que se pretende alcançar por meio da tutela normativa não pode ser por ela garantido. Em outras palavras, a “insegurança objetiva” se expressaria no próprio descumprimento das normas e a “insegurança subjetiva” surgiria da constatação, a partir desse descarado descumprimento, de que a norma não é suficiente para garantir a ordem que encerra em seus inúmeros dispositivos.¹³

Combinadas essas duas modalidades de insegurança comporiam a “insegurança social”, um sentimento de insegurança que aflige a sociedade como um todo e que, não encontrando resposta satisfatória na atuação do Estado, manifesta-se como um verdadeiro “pânico social”.¹⁴ A consequência disso não podia ser outra senão um grito desesperado por segurança que, em geral, vem acompanhado de reivindicações por medidas repressivas cada vez mais intensas,

¹³ Nas palavras de Massimo Pavarini: “*Cuando el Estado ya no es capaz de producir, proporcionalmente al crecimiento de la demanda social, relaciones sociales solidarias, se produce y difunde la inseguridad social, la cual es tanto inseguridad objetiva como subjetiva.*

En efecto, se violentan más normas y precisamente a nivel de masa, en la medida en la cual las agencias de la democracia representativa – como es el caso precisamente del sistema penal – han elevado progresivamente el nivel de civilización de las costumbres en abstracto, hasta grado de censurar, a través de criminalizar cuanta conducta o hecho es advertido por los más, aun solo como una ‘incivilidad’ e ‘inmoralidad’.

Por outra parte, se difunde la inseguridad subjetiva porque socialmente se percibe que esta moralidad virtual, regulada sobre vínculos de solidaridad ‘transversal’ no puede estar garantizada. PAVARINI, Massimo. *Seguridad frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad: una visión entre el centro y el margen.* In: PAVARINI, Massimo; Agustín A. Pérez Carrillo; Fernando Tenorio Tagle. *Seguridad pública: três puntos de vista convergentes*. México: Coyoacán, 2006. p. 28.

¹⁴ PAVARINI, Massimo. *Seguridad frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad: una visión entre el centro y el margen.* In: PAVARINI, Massimo; Agustín A. Pérez Carrillo; Fernando Tenorio Tagle. *Seguridad pública: três puntos de vista convergentes*. México: Coyoacán, 2006. p. 31/32.

fortalecendo o Estado-Penitência ou Estado-Penal em detrimento do Estado-Providência (*Welfare State*).¹⁵

II.3 O Estado-Penitência e a criminalização da pobreza

A transição do Estado-Providência, caracterizado pela intensa atuação estatal na seara social a fim de garantir condições de vida digna aos indivíduos, principalmente àqueles socialmente mais vulneráveis, para o Estado-Penitência se deu na década de 1970 com o advento nos Estados Unidos das chamadas teorias punitivas, que posteriormente adentraram a Europa através da Inglaterra, fortemente influenciada pelos teóricos norte-americanos.

Tais teorias punitivas propunham que seria possível aplicar as normas de mercado às relações sociais em uma espécie de neoliberalismo social. Nesse sentido, a intervenção do Estado nas relações sociais deveria ser mínima,¹⁶ intervindo o Estado somente com o fim de punir o indivíduo que infringisse a lei, tal qual o faz o Estado neoliberal na economia, regulando o mercado apenas com o fim de punir os infratores, sem, contudo, influenciar na capacidade competitiva dos atores econômicos. Assim, o Estado-Penitência não se presta à realização de políticas de inclusão e de redução da desigualdade social, pois não interfere na competição entre os indivíduos, apenas pune aquele que descumpre a ordem estabelecida.

Desse descaso com as origens dos conflitos sociais, visando apenas à punição do infrator, resulta uma completa incompreensão dos fatores que permeiam os comportamentos tidos como socialmente reprováveis, ocasionando um processo de criminalização da pobreza, no sentido de tratar o pobre como infrator,¹⁷ já que ele é um “sinal visível do caos e da desordem”.¹⁸

Sobre as consequências desse descaso com relação aos fatores que originam conflitos sociais, Theodomiro Dias Neto explica:

¹⁵ WACQUANT, Lôic. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

¹⁶ Ressalta-se aqui que não se trata do Direito Penal mínimo, que vê o Direito Penal com *ultima ratio* aos comportamentos socialmente indesejados, mas sim do Estado mínimo, um Estado que pretende a menor interferência possível na vida do indivíduo.

¹⁷ WACQUANT, Lôic. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

¹⁸ Vera Malaguti Batista utilizou essa expressão para se referir a flanelinhas, camelôs, entre outros. Contudo, esta autora entende que tal expressão é perfeitamente aplicável também aos moradores de rua. MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 98.

A sociedade renuncia ao esforço de buscar explicações para o fenômeno criminal, retrocedendo no esforço interdisciplinar de compreensão dos fatores (sociológicos, psicológicos, culturais, econômicos, políticos ou situacionais) que estejam além da intenção maligna de atores isolados. A renúncia às explicações favorece a reconstrução da imagem do "homem lobo". Contra esse só há um caminho: o da punição, da defesa, da exclusão, do Leviatã. O crime é o triunfo do mal e o mal não se explica, exorciza-se, combate-se [...].¹⁹

Pavarini vai mais além e aborda o tema da meritocracia contida no neoliberalismo que, diferentemente do *welfare*, impõe ao indivíduo o critério do merecimento para ter seus direitos garantidos. Nesse sentido, aqueles que não fazem jus à tutela de direitos, os não merecedores porque menos valorosos, deveriam ser excluídos e a melhor forma de fazê-lo seria criminalizando sua condição:

El gobierno neoliberal de la seguridad respecto del crimen, vuelve a poner en el centro la cuestión ético-política de la meritoriedad social a la tutela de los derechos, desarrollando una inversión funcional de los criterios de acceso a la seguridad de los derechos operados por el estado social. Si la cultura del welfare invierte en la remoción de las condiciones materiales que impiden el acceso a la plena tutela de los derechos de todos, la política neoliberal actúa en el sentido de determinar nuevos criterios de acceso a la tutela de los derechos (sólo) a los miembros que los ameritan.

La forma culturalmente más aceptable para excluir a algunos de los beneficios del estado social es la criminalización de su estatus.²⁰

¹⁹ DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana**: o modelo da nova prevenção. São Paulo: Revista dos Tribunais / Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 83.

²⁰ Tradução livre: "O governo neoliberal da segurança, no que diz respeito ao crime, volta a colocar no centro a questão ético-política da meritoriedade social à tutela dos direitos, desenvolvendo uma inversão funcional dos critérios de acesso à garantia dos direitos operados pelo estado social. Se a cultura do *welfare* investe na remoção das condições materiais que impedem o acesso à plena tutela dos direitos de todos, a política neoliberal atua no sentido de determinar novos critérios de acesso à tutela dos direitos (só) aos membros que os merecem.

^A forma culturalmente mais aceitável para excluir alguns dos benefícios do estado social é a criminalização de seu *status*." PAVARINI, Massimo. *Seguridad frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad: una visión entre el centro y el margen*." In: PAVARINI, Massimo; Agustín A. Pérez Carrillo; Fernando Tenorio Tagle. **Seguridad pública: três puntos de vista convergentes**. México: Coyoacán, 2006. p. 45.

No entanto, para alcançar o resultado de exclusão desejado não é necessário adentrar o sistema penal. É suficiente que se identifique nas condutas típicas de determinados grupos sociais o caráter de socialmente reprováveis, de incivildades. Assim, classificando-as como desordeiras, prejudiciais ao convívio social, ainda que não criminalizadas, não demoraria muito até que se propusesse a repressão às incivildades na tentativa de amenizar a “insegurança social”,²¹ o que de fato ocorreu na década de 1980 com o advento da teoria das janelas quebradas seguida pelo modelo tolerância zero de segurança nela inspirado.

II.4 A teoria das janelas quebradas

A teoria das janelas quebradas foi lançada por James Q. Wilson e George L. Kelling nos Estados Unidos da década de 1980 como proposta de policiamento alternativa ao modelo até então empregado, segundo o qual a atividade policial deveria voltar-se essencialmente ao combate às práticas criminosas, investigando e solucionando crimes. Diante dos crescentes índices de criminalidade nas cidades norte-americanas, Wilson e Kelling concluíram a ineficácia desse modelo que, incapaz de reprimir a criminalidade de forma satisfatória, permitia que se disseminasse entre os cidadãos um forte sentimento de insegurança.²²

Propuseram, então, que as forças policiais do Estado deslocassem sua atenção para as chamadas incivildades, condutas desviantes, portanto, socialmente reprováveis, mas que não foram criminalizadas. Tal proposta se fundava na crença de que os mesmos policiais que não logravam êxito no combate ao crime certamente seriam bem sucedidos no combate às incivildades.²³

Wilson e Kelling justificaram essa mudança de foco na atividade policial com a lógica das janelas quebradas que deu nome à teoria. Segundo essa lógica, se, em uma determinada comunidade, uma janela fosse quebrada e não fosse reparada, em pouco tempo todas as demais janelas da vizinhança esta-

²¹ PAVARINI, Massimo. *Seguridad frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad: una visión entre el centro y el margen.* In: PAVARINI, Massimo; Agustín A. Pérez Carrillo; Fernando Tenorio Tagle. *Seguridad pública: três puntos de vista convergentes*. México: Coyoacán, 2006. p. 31/32.

²² WILSON, James Q.; George L. Kelling. *Broken windows*. *Atlantic Magazine*. Washington, mar. 1982. Disponível em <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/4465/5/>>. Acesso em: 26 maio 2011. 07:45.

²³ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 188.

riam quebradas. Tal maneira de pensar traz implícita a ideia de que uma incivilidade sem reação social estimula o cometimento de novas incivilidades. Isso porque faz transparecer que a comunidade não se importa com aquele tipo de comportamento, indicativo de que ele pode ser repetido sem risco de represálias.

No entanto, para os idealizadores da teoria, a prática reiterada de incivilidades seria capaz de deteriorar o ambiente social de tal forma que faria nascer na mente do criminoso a confiança de que, naquele local, um crime também poderia ser praticado sem que houvesse reação da sociedade, já que ela não consegue controlar nem mesmo simples incivilidades. Por essa razão Wilson e Kelling propuseram que tais comportamentos, embora menos expressivos e ainda que não tenham sido criminalizados, deveriam ser fortemente reprimidos.²⁴

Também serviu de suporte à teoria o sentimento de insegurança da sociedade. Diversamente de Pavarini, Wilson e Kelling atribuíram tal sentimento às reiteradas incivilidades presenciadas pelos indivíduos que, percebendo-se vulneráveis a elas, sentiam-se vulneráveis também à criminalidade. Assim, combatendo-se as incivilidades seria possível reduzir o sentimento de insegurança, já que parte dele seria proveniente não de experiências reais de vitimização, mas do temor de tornar-se vítima em razão da evidente vulnerabilidade do indivíduo a atos menos expressivos de violência como as incivilidades.²⁵

Dentre as condutas elencadas por Wilson e Kelling como incivilidades a serem reprimidas encontram-se a mendicância e a vadiagem, ambas expressamente identificadas pelos autores como “janelas quebradas”:

²⁴ WILSON, James Q.; George L. Kelling. *Broken windows*. *Atlantic Magazine*. Washington, mar. 1982. Disponível em <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/4465/5/>>. Acesso em: 26 maio 2011. 07:45.

²⁵ Sobre esse assunto Jock Young diz: “O *insight* de Wilson e Kelling foi perceber que o controle de pequenos infratores e de comportamentos desordeiros não criminosos era tão importante para a comunidade quanto o controle da criminalidade. Incivilidades, crimes correlatos à ‘qualidade de vida’ causam a maior parte do sentimento de desconforto dos cidadãos na cidade. E a estes dois *insights* absolutamente pertinentes eles acrescentaram duas proposições mais contenciosas. A saber, que a polícia que era ineficaz no controle de crimes graves seria facilmente eficaz contra comportamentos desordeiros. Que este era, com efeito, seu papel original. E que o controle das incivilidades seria, por assim dizer, uma partida rápida no sentido da superação da desesperança e da desintegração da comunidade, e que, assim revitalizada, mediante controles informais e vigilância dos cidadãos, a comunidade reverteria a tempo a espiral de decadência e reduziria a incidência de crimes graves.” YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 188.

The unchecked panhandler is, in effect, the first broken window.²⁶

Arresting a single drunk and a single vagrant who has harmed no identifiable person seems unjust, and in a sense it is. But failing to do anything about a score of drunks or a hundred vagrants may destroy an entire community. A particular rule that seems to make sense in the individual case makes no sense when it is made a universal rule and applied to all cases. It makes no sense because it fails to take into account the connection between one broken window left untended and a thousand broken windows.²⁷

Dessa forma, verifica-se que a teoria das janelas quebradas é exemplo claro de estratégia de segurança (para a sociedade) que gera insegurança para os moradores de rua, identificando-os como desordeiros e reprimindo-os por isso. Aqui é possível resgatar a noção de ordem de Bauman. Segundo o autor, ordem é “uma situação em que cada coisa se acha em seu devido lugar e em nenhum outro”.²⁸ Nesse sentido, o morador de rua *underclass*,²⁹ que não encontra lugar na sociedade, certamente está fora do lugar, sendo, portanto, uma desordem, o que o torna alvo de estratégias de segurança como a contida na teoria das janelas quebradas que visam restabelecer a ordem no meio social.

Vale ressaltar, no entanto, que, embora essa teoria propusesse a repressão das incivildades, seus idealizadores também defendiam que ela somente seria necessária até o restabelecimento da ordem social, momento em que o controle voltaria a ser exercido essencialmente pelos cidadãos, restando às polícias um

²⁶ Tradução livre: “O pedinte não controlado é, em efeito, a primeira janela quebrada.” WILSON, James Q.; George L. Kelling. *Broken windows*. *Atlantic Magazine*. Washington, mar. 1982. Disponível em <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/4465/5/>>. Acesso em: 26 maio 2011. 07:45.

²⁷ Tradução livre: “Prender um único bêbado e um único vagabundo que não machucou ninguém parece injusto e, de certa forma, é. Mas não fazer nada a respeito de vinte bêbados ou cem vagabundos pode destruir uma comunidade inteira. Uma regra em particular que parece fazer sentido no caso particular não faz sentido quando a tornamos universal e a aplicamos a todos os casos. Não faz sentido, porque não leva em conta a relação entre uma janela quebrada não reparada e cem janelas quebradas.” WILSON, James Q.; George L. Kelling. *Broken windows*. *Atlantic Magazine*. Washington, mar. 1982. Disponível em <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/4465/5/>>. Acesso em: 26 maio 2011. 07:45.

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998. p. 14.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009. p. 83.

papel secundário.³⁰ Tal característica é o elemento principal que permite distinguir a teoria das janelas quebradas do modelo de segurança que ela inspirou: a tolerância zero.

II.5 O modelo tolerância zero de segurança pública

O modelo tolerância zero de segurança pública inspirou-se na teoria das janelas quebradas, encontrando seu ponto de partida na idéia de que ofensas menos graves, ainda que não constituam crime, se não reprimidas ensejarão o cometimento de outras ofensas cada vez mais graves, razão pela qual deveriam ser alcançadas pelo aparato repressivo do Estado. Contudo, esse modelo se afasta de sua teoria inspiradora ao propor, com certo radicalismo, a reação enérgica do Estado no sentido de reprimir incivildades e crimes tão logo sejam cometidos, vinculando sua proposta de segurança à atuação das forças policiais.³¹

Diversamente da teoria das janelas quebradas, o modelo tolerância zero não prevê um recuo na participação das polícias na garantia da ordem pública uma vez que esta tenha sido restabelecida, mas sim a sua participação constante. Tal característica se justifica pelo fato de a proposta ser justamente de intolerância. Segundo esse modelo, não serão admitidas quaisquer condutas violadoras da ordem social vigente e, para tanto, é imprescindível que a sociedade disponha de um efetivo policial forte e preparado para o enfrentamento com os infratores. Assim, verifica-se que, enquanto para a teoria das janelas quebradas a polícia era um mero instrumento para restabelecer a ordem, cuja preservação passaria a ser exercida pelos sistemas de controle informais da sociedade, para a tolerância zero a polícia é elemento essencial para a garantia da ordem, a ela cabendo a repressão tanto dos crimes quanto das incivildades.³²

Jock Young ainda destaca outra divergência entre a teoria das janelas quebradas e o modelo tolerância zero. Segundo ele, Wilson e Kelling, quando da

³⁰ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 188.

³¹ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 179-189.

³² YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 189.

elaboração da teoria das janelas quebradas, mantiveram os conceitos de crime e incivilidade independentes entre si, enquanto o modelo tolerância zero estabeleceu entre eles uma relação de continuidade que Young chamou de *continuum*³³ e, em co-autoria com J. Lea, descreveu da seguinte maneira:

O crime é ponta final de um continuum de desordem. Não é separado de outras formas de agravo e colapso. É o conjunto habitacional dilapidado da prefeitura, onde a música berra pelas janelas logo cedo de manhã; são as pichações nas paredes; as agressões nas lojas; as latas de lixo que nunca são esvaziadas; manchas de óleo no meio das ruas; garotos que não respeitam ninguém; caminhões pesados correndo nas suas estradas; são ruas em que você não ousa andar durante a noite; é ter de estar sempre atento; é um símbolo de um mundo que está desmoronando. É a falta de respeito pela humanidade e pela decência humana fundamental [...]

[...] A noção de assédio racial [...] vai desde delitos criminosos claros até o simples incômodo. Mas eles não podem ser separados: o incômodo transborda em violência criminosa. O crime está fixado em nossas mentes como o exemplo mais ruidoso deste comportamento anti-social, mas é só a ponta do iceberg. Muitas ofensas mais freqüentes e cotidianas não são exatamente criminosas – são só “crianças” aprontando confusão – mas são parte da mesma agressão intimidadora contra pessoas indefesas.³⁴

Dessa forma, verifica-se que para o modelo tolerância zero as incivilidades são tão reprováveis quanto os delitos formalmente previstos, sendo, portanto, merecedoras de reação igualmente enérgica e repressiva por parte do Estado.

Quanto às condutas selecionadas como alvo da repressão, mais uma vez encontram-se dentre elas atividades comumente exercidas pelos moradores de rua, conforme é possível constatar a partir da pequena lista exemplificativa de incivilidades elaborada por Jock Young: “pedintes agressivos, lavadores de pára

³³ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 201.

³⁴ Lea apud YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 202.

-brisas de sinal, vadios, bêbados e prostitutas".³⁵ Assim, verifica-se que, da mesma forma que a teoria das janelas quebradas, o modelo tolerância zero de segurança seleciona, dentre tantas condutas, justamente comportamentos típicos do indivíduo morador de rua. É, portanto, exemplo de estratégia de segurança (para a sociedade) que gera insegurança para os moradores de rua.

Além disso, curiosamente, ambas, a teoria das janelas quebradas e a tolerância zero, propõem a repressão como forma de prevenção da criminalidade. Essa finalidade preventiva, ofuscada pelo caráter essencialmente repressivo das duas propostas, ganha lugar de destaque em outra tendência surgida nesse mesmo período: a Nova Prevenção.

II.6 A Nova Prevenção

A Nova Prevenção surgiu na Europa na década de 1980, época em que os Estados Unidos viam nascer a teoria das janelas quebradas e o modelo tolerância zero de segurança.³⁶ Contudo, apesar da coexistência no tempo, a Nova Prevenção trouxe proposta diversa das outras duas de cunho altamente repressivo. Embora não haja consenso quanto ao que exatamente venha a ser a Nova Prevenção,³⁷ encontram-se abarcadas por essa terminologia estratégias de segurança que têm em comum o momento de atuação anterior ao cometimento do delito. Daí falar-se em prevenção. Decorrencia disso é o fato de serem externas ao sistema penal, que se limita a reagir ao delito já praticado.³⁸

³⁵ YOUNG, Jock. A **sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 182.

³⁶ DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana**: o modelo da nova prevenção. São Paulo: Revista dos Tribunais / Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 102.

³⁷ Cristina Zackseski explica: "Apesar dessa distinção [dissuasão vs. prevenção, sendo que "O primeiro denota os efeitos desejados ou empíricos do sistema penal e o segundo refere-se à órbita externa ao Direito Penal, no sentido de prevenir o crime"] e de várias construções teóricas que tentam desvendar o significado e o alcance da nova forma preventiva, ainda é muito difícil estabelecer em definitivo o que seja essa estratégia [...]" ZACKSESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana**: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua. 1997. 109 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 20-21.

³⁸ ZACKSESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana**: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua. 1997. 109 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 20-21.

Outra característica que faz transparecer a autonomia da Nova Prevenção com relação ao sistema penal é a sua desvinculação do conceito de crime. Enquanto o sistema penal encontra-se atrelado à definição legal de crime, somente podendo reprimir as condutas formalmente previstas, a Nova Prevenção direciona suas ações não só à prevenção do delito, mas também a evitar condutas que, embora não tenham sido criminalizadas, são prejudiciais ao convívio social.³⁹ Nesse ponto, encontra-se a principal distinção entre a Nova Prevenção e a teoria das janelas quebradas e o modelo tolerância zero de segurança, pois estes últimos propunham a repressão dessas condutas não criminalizadas, as incivildades, como forma de prevenir a criminalidade. A Nova Prevenção, por outro lado, propõe a prevenção de ambos.

Com vistas a esse objetivo foram criados diversos modelos de política de segurança, dentre os quais se destacam dois: o modelo anglo-saxão e escandinavo e o modelo francês. O primeiro é caracterizado pelo emprego de estratégias de prevenção situacional, enquanto o segundo, pelo emprego de estratégias de prevenção social. Ambas as estratégias, não fossem as características anteriormente apontadas de atuação anterior ao cometimento do delito e desvinculação do conceito de crime, teriam pouco em comum. Enquanto a prevenção situacional busca reduzir as oportunidades de ocorrência do delito sem atentar para os fatores sociais que o ensejam,⁴⁰ a prevenção social volta-se justamente para

³⁹ ZACKESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua**. 1997. 109 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 21.

⁴⁰ ZACKESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua**. 1997. 109 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 23-28.

esses fatores, buscando intervir no meio social como forma de prevenir o delito/incivilidade.⁴¹

A prevenção social tem como eixo central de sua atuação a incidência sobre as causas do crime/incivilidade. Tais causas devem se entendidas não como a imediata oportunidade como para a prevenção situacional, mas como as circunstâncias sociais mais remotas (educação, cultura, lazer, fatores econômicos etc.) que influenciam na formação do indivíduo.⁴² Assim, a prevenção social propõe o desenvolvimento social como forma de prevenção. Giuditta Creazzo a descreve da seguinte maneira:

[...] política dirigida ao desenvolvimento das áreas mais marginais e à inserção profissional e social dos jovens. Essa promove uma reformulação das políticas educacionais, habitacionais e de ocupação, dirigida a prevenir o isolamento e a exclusão social dos jovens e adultos em dificuldade, a introduzir novas alternativas à detenção para combater a reincidência e a construção de centros de amparo às vítimas de agressões.⁴³

⁴¹ Nesse sentido, com respeito às estratégias de prevenção social, de viés marcadamente etiológico, Cristina Zackseski já alertava: "Mais uma vez estamos diante de uma concepção etiológica do delito, que abrange agora não só essa parcela de atos reprováveis previstos pela lei penal, como também de atos com menor potencial lesivo: as incivilidades. Essa extensão, cujos efeitos ainda não podemos avaliar, pode não ter um resultado feliz, se ao invés de uma planificação destinada apenas a harmonizar os contextos urbanos, representar ao final, também nesse aspecto, uma extensão das atividades repressivas, não só das instâncias oficiais como por parte das pessoas que pertencem às comunidades, que se sentem lesadas ou apenas incomodadas.

⁴² Uma concepção etiológica pode, no entanto, retornar com potencial benéfico se realmente puder conduzir as políticas sociais no sentido de atender às necessidades vitais dos cidadãos, integrando-os e favorecendo processos de comunicação entre eles e deles com os administradores e operadores locais para a segurança. As ações, no entanto, não devem estar voltadas e exaurirem-se nas questões criminais, e sim, devem ser dirigidas fundamentalmente à qualidade de vida e à proteção de direitos dos cidadãos. Assim, um retorno à etiologia não representaria a continuação da identificação dos criminosos nos indivíduos e ambientes historicamente estigmatizados, quando estamos absolutamente conscientes de que o problema, entre outros aspectos, está na vulnerabilidade destes no momento da distribuição das etiquetas criminais. Deve-se procurar identificar as causas da vulnerabilidade de determinadas pessoas e grupos, tanto em relação às possibilidades de serem vitimizados por outras pessoas, quanto no que diz respeito à sua possibilidade de defesa diante da ação violenta dos agentes e instâncias do sistema penal." ZACKSESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua**. 1997. 109 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 82.

⁴² DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana: o modelo da nova prevenção**. São Paulo: Revista dos Tribunais / Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 119-120.

⁴³ Creazzo apud ZACKSESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua**. 1997. 109 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 27.

A prevenção situacional, por sua vez, despreza esses fatores sociais e direciona sua atuação a evitar as oportunidades de ocorrência do delito.⁴⁴ Nesse sentido, uma oportunidade seria uma situação que combinasse a vontade de delinquir com as circunstâncias propícias à satisfação dessa vontade. Logo, para evitar uma oportunidade seria necessário impedir a coexistência desses dois fatores. Para tanto, a prevenção situacional propõe a intervenção no espaço físico com vistas a tornar as circunstâncias menos propícias ao cometimento de delitos.⁴⁵ É o que explica Theodomiro Dias Neto:

Medidas de prevenção situacional são aquelas voltadas a intervir nas características físicas de um local (iluminação, obstáculos, mudança arquitetônica) ou introduzir mecanismos de vigilância (câmeras, alarmes, trancas) com o objetivo de dificultar a prática de crimes, desvios ou problemas, de facilitar as possibilidades de defesa de potenciais vítimas ou de produzir percepção subjetiva de segurança.⁴⁶

Contudo, embora os exemplos mais comuns de medidas de prevenção situacional consistam na instalação de postes de iluminação pública, na poda de árvores, ou mesmo na mudança no projeto arquitetônico dos edifícios, elas nem sempre incidem apenas sobre elementos estritamente físicos do meio. Uma vez que a proposta é a alteração do espaço para torná-lo menos propício à prática de crimes, é necessário identificar os atributos negativos desse espaço para que se possa, então, eliminá-los. Em meio a esses atributos negativos muitas vezes inserem-se pessoas, pessoas perigosas, pessoas como os moradores de rua. Nesse sentido, as estratégias de prevenção que visam excluir os moradores de rua do

⁴⁴ ZACKESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua**. 1997. 109 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 23-28.

⁴⁵ DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana: o modelo da nova prevenção**. São Paulo: Revista dos Tribunais / Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 123.

⁴⁶ Theodomiro Dias Neto distingue insegurança objetiva de insegurança subjetiva. Segundo ele, a primeira corresponderia ao “risco efetivo de criminalidade” e a segunda, ao “medo do crime”. Seguindo a mesma lógica, seria possível afirmar que para Theodomiro segurança subjetiva seria o sentir-se seguro no sentido de sentir-se a salvo da criminalidade, sentimento esse que não necessariamente corresponde ao risco real de incidência desta (segurança objetiva). Vale ressaltar que também Massimo Pavarini trabalhou os conceitos de insegurança objetiva e subjetiva, contudo, com significado distinto (ver capítulo 2, item 2.2). DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana: o modelo da nova prevenção**. São Paulo: Revista dos Tribunais / Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 106. Mais sobre insegurança objetiva e subjetiva em ZACKESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua**. 1997. 109 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

meio urbano como atributos negativos do espaço recebem a denominação vulgar de “políticas de enxotamento”.

“POLÍTICAS DE ENXOTAMENTO” DE MORADORES DE RUA

A expressão “políticas de enxotamento” foi apresentada a esta autora por Viridiana Machado e Sérgio Carvalho Borges,¹ ela assistente social em Porto Alegre e ele morador de rua na mesma cidade. Criada longe dos bancos das universidades, essa terminologia tem como núcleo um neologismo² de origem marcadamente popular: “enxotamento”, que se refere ao ato de enxotar os moradores de rua dos locais onde costumam se instalar (calçadas, praças, parques, debaixo de pontes e viadutos etc.). Assim, “políticas de enxotamento” são um conjunto de medidas voltadas para a remoção coercitiva dos moradores de rua desses lugares. Em geral, são praticadas mediante o uso de violência e são mais frequentemente atribuídas a policiais militares ou guardas municipais, o que não impede, no entanto, que sejam também praticadas pelos chamados vigilantes, profissionais da segurança privada, atividade em forte expansão nos dias atuais.³

¹ MACHADO, Viridiana; Sérgio Carvalho Borges. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 26 ago. 2010.

² Roberto Melo Mesquita define neologismo da seguinte forma: “Neologismo é a palavra nova, criada por qualquer um dos processos de formação de palavras da língua.” No caso em questão, o neologismo é **enxotamento** e foi criado a partir do verbo **enxotar** acrescido do sufixo **-mento**. MESQUITA, Roberto Melo. **Gramática da língua portuguesa**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 132.

³ Teresa Pires do Rio Caldeira traz alguns dados acerca do mercado de segurança privada no estado de São Paulo: “De acordo com o Ministério da Justiça, em 1986 havia 51 empresas de segurança privada oficialmente registradas (incluindo aquelas de transporte de valores) no estado de São Paulo. Em junho de 1991, havia 111 empresas e 27 cursos de treinamento registrados, isto é, o número de empresas tinha mais que dobrado em cinco anos. Essas 111 empregavam 55.700 guardas registrados. Considerando que o número total de policiais no estado de São Paulo em 1991 era de aproximadamente 95 mil (22 mil policiais civis e 69 mil policiais militares), havia 1,6 policial para cada vigilante privado registrado e um vigilante privado para cada 549 habitantes. Cinco anos depois, isto é, em 1996, havia 281 empresas legalmente registradas no estado (quase três vezes o número em 1991), 35 cursos e 7 empresas de veículos blindados. Juntas essas empresas empregavam cerca de 100 mil vigilantes, quase o dobro do número de 1991 e quase igual aos 105 mil policiais do estado (31.987 policiais civis e 73 mil policiais militares).” CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000. p. 199.

III.1 "Enxotamentos" perpetrados por agentes da segurança privada

O surgimento de um ramo do mercado voltado especificamente para a segurança encontra razão de ser no sentimento de insegurança da sociedade abordado no capítulo anterior com a ressalva de que, naquela ocasião, trabalhou-se apenas uma das consequências do clamor social por segurança, qual seja, o fortalecimento do Estado-Penitência. Contudo, ainda tomando como referência os ensinamentos de Massimo Pavarini, duas são as consequências dessa demanda: a primeira a valorização do sistema penal e a segunda a tendência à privatização da segurança.⁴

Assim, diante da insuficiência e desmoralização dos instrumentos de controle social do Estado, o indivíduo desesperado por segurança, simultaneamente, demanda do Estado uma atuação mais ofensiva no combate à criminalidade e busca por meios próprios garantir sua segurança, contratando serviços de segurança privada e instalando modernos equipamentos de vigilância em casa e no local de trabalho. Tal fenômeno denomina-se privatização da segurança.

Resultado dessa privatização de parte dos serviços de segurança é a fragmentação do setor em público e privado. Em um contexto de insuficiência do aparato estatal no atendimento à demanda por segurança, aqueles que dispõem dos meios necessários contratam empresas privadas, enquanto que aqueles que não dispõem devem se contentar a precariedade do setor público. Disso decorre um evidente acirramento das desigualdades sociais brasileiras, já que, como atividade lucrativa que é, o mercado da segurança privada não opera com preços acessíveis a todos.

Outra consequência da privatização da segurança, paradoxalmente à sua fragmentação em público e privado, é a sua duplicação. O mesmo fenômeno, quando analisado do ponto de vista do indivíduo que é alvo das forças de segurança, evi-

⁴ Nas palavras de Pavarini: "*La necesidad de seguridad social insatisfecha, produce una demanda social de seguridad; a ésta, se arriesga hoy de responder de una doble manera: por un lado, atribuyendo todavía más valor al sistema represivo en un circuito de peligrosa autoreferencialidad que legitima al sistema penal mismo en una dimensión ya prevalentemente simbólica; y, por el outro, reivindicando un espacio siempre más privado – o mejor dicho, no público – a la defensa de la seguridad social.*" PAVARINI, Massimo. *Seguridad frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad: una visión entre el centro y el margen.*" In: PAVARINI, Massimo; Agustín A. Pérez Carrillo; Fernando Tenorio Tagle. *Seguridad pública: três puntos de vista convergentes*. México: Coyoacán, 2006. p. 32.

dencia a sua duplicação, já que agora a “insegurança social”⁵ passa a ser combatida não só por agentes públicos como também por agentes privados e o indivíduo tido como desordeiro passa a ter de manter-se atento a ambos, policiais e vigilantes.

Teresa Pires do Rio Caldeira subdivide estes últimos, os vigilantes, em três categorias: (1) os empregados de empresas de segurança, funcionários treinados cujo vínculo empregatício se dá com a empresa especializada em segurança, não com a beneficiária do serviço. Nesse caso, a empresa que deseja usufruir do serviço celebra contrato com a empresa de segurança, não com o vigilante. (2) Os empregados regularmente contratados diretamente pela empresa beneficiária. Ou seja, nesse caso, o contrato é celebrado diretamente com o vigilante que passa, então, a integrar o quadro de funcionários da empresa. (3) Os vigilantes irregularmente contratados pela empresa beneficiária. Nesse caso, o indivíduo que exerce a função de vigilante não poderia fazê-lo, seja por não estar habilitado para a função, pois não possui o treinamento adequado, seja por estar impedido de exercê-la em razão de já integrar força policial, por exemplo.⁶

Independentemente da condição em que o vigilante é contratado para o serviço, o fato de sua atuação integrar uma relação de direito privado a vincula às demandas da empresa contratante do serviço. Assim, se a ordem dada ao vigilante é de que não permita a permanência de moradores de rua nas proximidades do estabelecimento comercial, assim deverá ser feito, irrelevante o motivo de tal decisão, bastando, por exemplo, o entendimento do proprietário do estabelecimento de que a presença de moradores de rua é ruim para os negócios, pois afugenta a clientela. Assim, em motivos pouco nobres do ponto de vista dos Direitos Humanos encontra fundamento o “enxotamento” dos moradores de rua de marquises e sopés de entrada de lojas, escadarias de supermercados, cercanias de *shopping centers* etc., locais que têm em comum a proximidade com áreas privadas, proximidade esta que faz nascer no indivíduo socialmente incluído o temor da perda de seu *status* social, a “mixofobia (medo de misturar-se)”⁷

⁵ PAVARINI, Massimo. *Seguridad frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad: una visión entre el centro y el margen.* In: PAVARINI, Massimo; Agustín A. Pérez Carrillo; Fernando Tenorio Tagle. *Seguridad pública: três puntos de vista convergentes*. México: Coyoacán, 2006. p. 31/32.

⁶ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000. p. 195-204.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009. p. 43.

Contudo, o receio quanto à perda da posição social não é o único fator que fundamenta os “enxotamentos” de moradores de rua. Em geral, mais evidente que esse receio é o sentimento de insegurança gerado a partir da identificação do morador de rua como um indivíduo perigoso, o que estimula a ação não só dos particulares, mas também do próprio Estado no sentido de afastá-los do convívio social. Consequência disso são os “enxotamentos” praticados como medida de segurança pública.

III.2 “Enxotamentos” como medida de segurança pública

Enquanto na iniciativa privada os “enxotamentos” fundam-se em motivos de ordem pessoal e visam atender a interesses estritamente particulares, como, por exemplo, preservar a imagem do estabelecimento comercial ou evitar que os clientes sejam importunados por pedintes; na esfera pública, essas mesmas práticas devem encontrar amparo no interesse público. Por essa razão, as “políticas de enxotamento” apresentam-se como medidas de segurança pública.

Essa abordagem encontra amparo na visão do morador de rua como indivíduo perigoso que habita o “imaginário do medo” da sociedade.⁸ Além de carregar o fardo do rótulo de criminoso em função das generalizações que opera a “fala do crime”,⁹ o indivíduo que vive na rua, por ser um *outsider*, já goza da presunção de que não agirá de acordo com a ordem estabelecida.¹⁰ Assim, seja como criminoso em potencial, seja como mero desordeiro, o morador de rua inegavelmente se encaixa na categoria de atributo negativo do espaço urbano utilizada pela prevenção situacional. Isso porque, no primeiro caso, ele é a própria figura do ofensor em potencial aguardando uma oportunidade para delinquir. No segundo caso, ele deteriora o meio criando as circunstâncias para o surgimento dessa oportunidade.

Dessa forma, verifica-se que as “políticas de enxotamento” de moradores de rua podem ser facilmente classificadas como estratégias de prevenção situa-

⁸ AMARAL, Layne. O imaginário do medo: violência e segregação espacial na cidade do Rio de Janeiro. **Contemporânea**, Rio de Janeiro, ed. 14, vol. 18, n. 1, p. 34-45, jan./jul. 2010. Disponível em <<http://www.contemporanea.uerj.br/antecedentes/index14.html>>. Acesso em: 26 maio 2011. 19:31.

⁹ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros**: crime, segregação e cidadania em São Paulo. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000. p. 9-45.

¹⁰ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X. de Borges. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 15.

cional, uma vez que buscam livrar o espaço urbano dos moradores de rua na tentativa de reduzir as oportunidades de ocorrência dos delitos.¹¹ Contudo, também não passa despercebida a influência do ideal de pureza, sustentáculo das políticas “higienistas”,¹² na rotulação do indivíduo morador de rua como um atributo negativo do espaço. Nesse sentido, as “políticas de enxotamento” mostram-se como uma mescla de prevenção situacional como limpeza urbana.

III.3 “Políticas de Enxotamentos”: uma mescla de segurança pública com limpeza urbana

As políticas “higienistas”,¹³ apesar de incidirem sobre o espaço assim como as medidas de prevenção situacional, não assumem a função de segurança pública. São práticas que se destinam especificamente à limpeza do ambiente das cidades. No entanto, em razão de se orientarem a partir de um ideal de pureza que abrange não só o aspecto físico do meio, mas também o social, tais políticas acabam alcançando alguns grupos de indivíduos tidos como sujos, dentre eles os moradores de rua.

Referido ideal de pureza determina que para uma cidade ser considerada limpa não bastam boa iluminação, ruas e calçadas limpas, parque e lagos bem preservados, construções bem conservadas. É necessário que o local seja também bem frequentado. Isso significa que não pode haver pobres, mendigos e vagabundos, pois eles compõem um tipo de sujeira humana que contamina a cidade. Segundo Zygmunt Bauman, tal ideal dependeria diretamente de uma noção de ordem. Explica o autor:

A pureza é uma visão das coisas colocadas em lugares diferentes dos que elas ocupariam, se não fossem levadas a se mudar para outro, impulsionadas, arrastadas ou incitadas; e é uma visão da ordem – isto é, de uma situação em que cada coisa se acha em seu devido lugar e em nenhum outro. Não há nenhum meio de pensar sobre a pureza sem ter uma imagem da “ordem”, sem atribuir às coisas seus lugares

¹¹ ZACKESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua**. 1997. 109 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 25.

¹² MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 53.

¹³ MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 53.

"justos" e "convenientes" [...]. O oposto de "pureza" – o sujo, o imundo, os "agentes poluidores" – são coisas "fora do lugar". Não são as características intrínsecas das coisas que as transformam em "sujas", mas tão somente a sua localização e, mais precisamente, sua localização na ordem das coisas idealizada pelos que procuram a pureza. As coisas que são "sujas" num contexto podem tornar-se puras exatamente por serem colocadas num outro lugar – e vice-versa.¹⁴

No entanto, Bauman prossegue explicando que, a depender da ordem vigente, pode haver coisas (ou pessoas) sem lugar certo no cenário social, o que implicaria em que elas estivessem constantemente "fora do lugar". É o que se infere do trecho a seguir:

Há, porém, coisas para as quais o "lugar certo" não foi reservado em qualquer fragmento da ordem preparada pelo homem. Elas ficam "fora do lugar" em toda parte, isto é, em todos os lugares para os quais o modelo de pureza tem sido destinado.¹⁵

No caso das sociedades capitalistas como a brasileira, impuros, sujos e desordeiros são os indivíduos incapazes de consumir, a quem Bauman denomina de "consumidores falhos". Segundo ele,

Uma vez que o critério da pureza é a aptidão de participar do jogo consumista, os deixados fora como um "problema", como "sujeira" que precisa ser removida, são consumidores falhos – pessoas incapazes de responder aos atrativos do mercado consumidor porque lhes faltam os recursos requeridos, pessoas incapazes de ser "indivíduos livres" conforme o senso de "liberdade" definido em função do poder de escolha do consumidor. São eles os novos "impuros", que não se ajustam ao novo esquema de pureza. Encarados a partir da nova perspectiva do mercado consumidor, eles são redundantes – verdadeiramente "objetos fora do lugar".¹⁶

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998. p. 14.

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998. p. 14.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998. p. 24.

Dessa forma, verifica-se que a incapacidade de consumir dos moradores de rua permite classificá-los como sujos, impuros, o que torna possível abordá-los como problema de limpeza urbana. No entanto, conforme evidenciado por Bauman, ser sujo e impuro é também infringir a ordem, o que, por sua vez, permite que os moradores de rua sejam abordados como problema de segurança pública. Por essa razão, esta autora entende que as “políticas de enxotamento” estariam melhor definidas como um híbrido de política de segurança pública com política de limpeza urbana, já que apresentam traços de ambos.

Na sequência serão apresentados três exemplos de práticas de “enxotamento”, quando será possível verificar que, em algumas, são muito nítidas as características das medidas de limpeza urbana; enquanto, em outras, tais características quase não podem ser percebidas, predominando o viés da segurança pública. O primeiro exemplo a ser apresentado é o de um “enxotamento” praticado com a participação de funcionários da limpeza urbana da cidade.

III.4 Cooperação entre policiais e funcionários da limpeza urbana para o “enxotamento” dos moradores de rua

Neste primeiro exemplo de “enxotamento”, predominam as características das medidas de limpeza urbana. Embora haja participação de policiais militares ou guardas municipais, seu papel é secundário, cabendo a eles somente prestar apoio aos funcionários da limpeza urbana no caso de uma eventual reação por parte dos moradores de rua. Em geral, procede-se da seguinte maneira: uma equipe da limpeza urbana acompanhada por força policial dirige-se a um local onde estejam instalados moradores de rua. Chegando lá, o local é limpo, os barracos são destruídos e todo o material encontrado (cobertores e colchões velhos, latas de metal, lonas, pedaços de papelão, sacolas plásticas etc.) é jogado no lixo.

O jornal *O Trecheiro*¹⁷ editado pela Rede Rua de Comunicação,¹⁸ registrou um “enxotamento” realizado nesses moldes no bairro da Mooca em São Paulo:

¹⁷ COSTA, Alderon. Após a eleição, o Brasil pode mudar? *O Trecheiro*, São Paulo: Novembro, ano XIX, n. 192, 2010. p. 1.

¹⁸ Para mais informações ver: Rede rua: comunicar, educar e articular cidadania. **Principal**. São Paulo, 2011. Disponível em <<http://www.rederua.org.br/#top>>. Acesso em: 25 maio 2011. 22:44.

Na segunda-feira, dia 1 de novembro de 2010, logo após a eleição da nova Presidente da República, Dilma Rousseff, o jornal *O Trecheiro* flagrou mais uma ação da "Limpeza Urbana" da Subprefeitura da Mooca, acompanhada pela Guarda Civil Metropolitana. A ação consistia em destruir as casas improvisadas das pessoas em situação de rua e recolher todos os objetos que estivessem no espaço. A ordem era limpar calçadas e baixos dos viadutos. O trabalho dos funcionários da limpeza foi eficiente. Não ficou nada em pé.¹⁹

O mesmo jornal trouxe a informação de que, naquela ocasião, moradores de rua desesperados tentavam evitar que seus pertences fossem jogados fora deitando-se sobre eles. Uma mulher que tivera seu colchão tomado pelos funcionários da limpeza urbana chegou a subir no caminhão em que era jogado o "lixo" para recuperá-lo.²⁰

O *Trecheiro* ainda registrou o desabafo de W. S. Machado, que disse: "Mesmo usando uma calçada, a gente tem o nosso direito de, no mínimo, um lar,"²¹ indicando que o indivíduo tem o direito de morar, de existir em algum lugar que lhe proporcione abrigo, que possa chamar de lar, ainda que esse local não seja o mais adequado à sua subsistência. Pior que isso certamente é não ter lar algum.

Além disso, em ações como essa, também é comum que sejam destinados ao lixo, em meio a outros tantos objetos, documentos e remédios, tão custosos para o morador de rua conseguir, mas facilmente perdidos em um "enxotamento". Algumas vezes, são jogados fora até mesmo itens doados pelas próprias instituições de assistência social, como cobertores e roupas, além dos encaminhamentos feitos por elas para a retirada de documentos ou para que o morador de rua busque atendimento médico, em flagrante descompasso entre as diversas ações do governo, conforme explica Samuel Rodrigues, integrante da coordenação nacional do MNPR:

¹⁹ COSTA, Alderon. Após a eleição, o Brasil pode mudar? *O Trecheiro*, São Paulo: Novembro, ano XIX, n. 192, 2010. p. 1.

²⁰ COSTA, Alderon. Após a eleição, o Brasil pode mudar? *O Trecheiro*, São Paulo: Novembro, ano XIX, n. 192, 2010. p. 1.

²¹ COSTA, Alderon. Após a eleição, o Brasil pode mudar? *O Trecheiro*, São Paulo: Novembro, ano XIX, n. 192, 2010. p. 1.

Você tem um serviço social que, durante o dia, te encaminha para tirar foto, para tirar um documento, te encaminha para um balcão de emprego ou para um emprego, te encaminha para um albergue ou para uma república. Então, você tem esse encaminhamento no serviço social, mas existe um outro serviço na cidade chamado controle urbano, que controla, principalmente nos grandes centros. É aquele pessoal que não permite as mesas dos bares na calçada, não permite o caminhoneiro vendendo sua mercadoria no centro. Esse serviço passa pela maloca (a maloca é o lugar onde o morador de rua dorme) e retira tudo. Ele toma o colchão e joga em cima do caminhão. Ele toma a garrafa de cachaca. Ele toma o cobertor. Ele toma a sacola com roupa. Ele leva tudo. E a população de rua não consegue separar esse serviço que vai ser acompanhado pela polícia, esse controle urbano, da assistência social que fez o encaminhamento durante o dia. Ela tem como a Prefeitura: “A Prefeitura faz isso”. [...] A mesma cidade que oferece o encaminhamento é a mesma cidade que toma.²²

Samuel também fornece como exemplo o caso do morador de rua que deseja retomar os estudos:

Quem quer retomar os estudos, por exemplo. O albergue é inflexível na questão do horário. Ou você chega oito horas da noite, ou você não chega. Então, quem vai fazer um curso à noite não tem como e quem está na rua não tem onde guardar o material para fazer o curso. Daí essa população não acessa a educação por essa inflexibilidade.²³

Em uma situação como essa, o indivíduo morador de rua vê-se diante de duas possibilidades: ou dorme no abrigo e não comparece às aulas, ou comparece às aulas e não dorme no abrigo. Nesse último caso, terá de dormir na rua, onde será alvo fácil de “enxotamentos”, correndo o risco de perder seu material, o que inviabilizaria seus estudos. Assim, ao final, ambas as possibilidades acabam levando a um mesmo resultado: a inviabilidade do retorno aos estudos.

²² RODRIGUES, Samuel. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 26 ago. 2010.

²³ RODRIGUES, Samuel. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 26 ago. 2010.

Além dos prejuízos materiais acima indicados, os “enxotamentos” praticados em meio a ações de limpeza urbana também podem causar graves danos emocionais ao morador de rua enxotado, como ocorreu no caso narrado por Viridiana Machado, assistente social em Porto Alegre, do morador de rua que, vítima de um “enxotamento” nesses moldes, teve a caixa em que guardava as últimas fotos da família jogada fora, perda que o deixou desolado.²⁴

Assim, verifica-se que uma ação direcionada para a limpeza urbana, aparentemente inofensiva aos olhos do observador menos atento, pode repercutir de forma extremamente negativa na vida do morador de rua. A falta de estudo e documentos dificulta a obtenção de um emprego. A falta do cobertor, da muda de roupa ou da lata de metal utilizada para cozinhar torna a vida nas ruas ainda mais dura. A perda de um bem de grande valor emocional abala a confiança do indivíduo na possibilidade de melhora de suas condições de vida. Cada perda à sua própria maneira contribui para tornar o processo de reinserção do morador de rua na sociedade ainda mais difícil.

O segundo exemplo de “enxotamento” a ser apresentado recebe o nome de “desova”.

III.5 “Desova”

A “desova” é uma técnica de “enxotamento” que consiste no transporte forçado dos moradores de rua para locais distantes dos centros urbanos, em geral, mediante o uso de violência. É vulgarmente referida como “desova” em razão da forma como ocorre, com o transporte dos moradores de rua todos em um mesmo veículo (*van* ou ônibus) até um local distante onde são, então, todos liberados. A reportagem do Fantástico de 22 de outubro de 2006 registrou um “enxotamento” praticado nesses moldes no município de Paranaguá, Paraná:

Em março deste ano [2006], um morador de rua exausto, com bolhas nos pés, bateu à porta da paróquia de um padre, em Paranaguá, cidade portuária do Paraná. José Hamilton andou 90 quilômetros, durante dois dias e meio, desde Curitiba, para voltar à cidade de onde tinha sido levado à força. Perdeu o trabalho que tinha acabado de conseguir em Paranaguá.

²⁴ MACHADO, Viridiana; Sérgio Carvalho Borges. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 26 ago. 2010.

“Já imaginou vir de Curitiba até aqui a pé? Com que condição eu ia trabalhar?”, pergunta José Hamilton Gomes, de 56 anos, morador de rua.

A história desmascarou uma prática noturna criminosa.

“A denúncia inicial é de que estava sendo feita uma limpeza social pela Guarda Municipal”, afirma Valmir Soccio, delegado de polícia de Paranaguá.

Durante a madrugada, guardas municipais passavam de van e recolhiam os moradores de rua com violência.

“Eu já sabia que eles iam nos levar para longe, porque eles estavam acostumados a fazer isso”, conta uma moradora de rua.

Os guardas diziam que iam levá-los a um albergue. Mas os moradores de rua eram torturados e abandonados na estrada, a dezenas de quilômetros de Paranaguá.

“Alguns eram levados daqui para um local que se chama Viaduto dos Padres, que fica na rodovia que liga Paranaguá a Curitiba”, acusa o promotor de Justiça José Luiz Loreto.

“Chegaram no viaduto e me chamaram de vagabundo. Pegaram meus documentos e jogaram tudo no chão. Eles bateram em mim pra caramba. Bateram nas minhas costas, eu não podia nem andar no outro dia. Deram cacetada e quebraram meu pé”, conta José Antonio Rodrigues, de 46 anos, morador de rua.

“Os bens deles eram arremessados no Viaduto dos Padres e eles diziam: ‘Na próxima vez são vocês. Não voltem para Paranaguá’”, diz o promotor.

Quando não eram abandonados à beira do viaduto, os moradores de rua eram levados para Curitiba e outras cidades, como Registro, no interior de São Paulo.

“Em cada um que eles soltavam, eles davam três cacetadas nas costas e com o pé empurravam para fora da kombi”, diz Carlos Batista Corrêa, de 28 anos, morador de rua.²⁵

²⁵ Abuso de autoridade. **Fantástico**, Rio de Janeiro, 22 out. 2006. Disponível em <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL696150-15605,00.html>>. Acesso em: 25 maio 2011. 22:46.

Instaurado inquérito policial, o Secretário de Segurança Pública de Paranaguá, Álvaro Domingues Neto, foi convidado a depor, ocasião em que assumiu ter transportado os moradores de rua até Curitiba. Alegou, contudo, que "Eles foram deixados no lugar onde eles pediam para serem deixados", informação que, conforme ressaltou o Promotor de Justiça José Luiz Loreto, não condiz com o fato de os moradores de rua transportados regressarem imediatamente a Paranaguá.²⁶

Os prejuízos de um "enxotamento" nesses moldes são bastante evidentes. Além de sofrerem violência física, os moradores de rua transportados a força para longe de suas cidades, em geral, não dispõem de recursos para custear o transporte de volta, tendo de retornar a pé como fez José Hamilton. Não bastassem a violência e o cansaço, essas pessoas também acabam perdendo preciosas oportunidades de emprego, como também ocorreu com José Hamilton.

O terceiro e último exemplo de "enxotamento" a ser apresentado consiste na abordagem e condução do morador de rua à delegacia como pretexto para retirá-los da rua.

III.6 Condução desnecessária do morador de rua à delegacia

Essa terceira modalidade de "enxotamento" utiliza-se da condução do morador de rua à delegacia como forma de retirá-lo à força do local onde se encontra. Tal condução, em geral, é feita sob a alegação de que o morador de rua abordado haveria cometido desacato ou mesmo sem alegação alguma. Uma vez em delegacia, o morador de rua tem acrescida aos seus registros policiais mais uma ocorrência, sendo em seguida devolvido às ruas. Contudo, não são raros os casos em que esse procedimento dura um dia inteiro, resultando em uma grave perda de tempo para o morador de rua que, não havendo coletado nada nem conseguido dinheiro, fatalmente, passará fome no dia seguinte.²⁷

Exemplo prático de enxotamento nessa modalidade é o procedimento adotado pelos policiais militares em Porto Alegre, conforme relata Sérgio Carvalho Borges, coordenador do Movimento Aquarela da População de Rua do Rio

²⁶ Abuso de autoridade. **Fantástico**, Rio de Janeiro, 22 out. 2006. Disponível em <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL696150-15605,00.html>>. Acesso em: 25 maio 2011. 22:46.

²⁷ O jornal *O Trecheiro* de julho de 2010 trouxe o relato de João Batista, que se tornou morador de rua após perder o emprego de pintor naval na Petrobás e disse: "Já me levaram para a 9ª Delegacia de Polícia - DP e me deixaram e castigo o dia todo." COSTA, Alderon. Rio de Janeiro: Fichados e de volta às ruas. **O Trecheiro**, São Paulo: Julho, ano XIX, n. 189, 2010. p. 1.

Grande do Sul e articulador regional sul do MNPR no eixo Porto Alegre - Curitiba. Segundo ele, os policiais, quando em ronda, abordam o morador de rua no banco da praça, por exemplo, e ordenam que saia. Avisam-no de que prosseguirão à ronda e de que não desejam encontrá-lo naquele local novamente. Caso o morador de rua insista em ali permanecer, será abordado uma segunda vez, recebendo novo aviso de que deve deixar o local sob pena de, se for encontrado ali novamente, ser preso por desacato. Caso o morador de rua insista em permanecer no local, será abordado uma terceira vez, quando será, então, imediatamente conduzido à delegacia sob a alegação de haver cometido desacato.²⁸

Dessa forma, nota-se que, embora a conduta dos moradores de rua de dormir no banco da praça, como no exemplo fornecido por Sérgio, não seja uma conduta criminosa, ela é igualmente repudiada pela sociedade. A distinção entre elas repousa em um aspecto de natureza meramente formal, qual seja a falta de previsão legal. Tais características, reprovabilidade social aliada à ausência de tipificação, permitem classificar as condutas que ensejaram o “enxotamento” dos moradores de rua nos exemplos apresentados como incivildades. Nesse ponto, salta aos olhos a semelhança das “políticas de enxotamento” com a teoria das janelas quebradas de Wilson e Kelling.

III.7 “Políticas de enxotamento”, janelas quebradas e o Choque de Ordem no Rio de Janeiro

Embora o enfoque das “políticas de enxotamento” como medida de prevenção situacional seja o espaço urbano, não as condutas nele praticadas, ao classificar as características desse espaço em positivas e negativas as “políticas de enxotamento” acabam inevitavelmente criando uma categoria de incivildades. Isso porque nem sempre a característica identificada consistirá em um aspecto estritamente físico do meio (um beco escuro, uma praça abandonada etc.). Haverá caos em que a característica negativa envolverá a presença de um determinado grupo de pessoas, os moradores de rua, por exemplo.

A possibilidade de se trabalhar com o conceito de incivildade também no âmbito das “políticas de enxotamento” é o que torna evidente as suas se-

²⁸ BORGES, Sérgio Carvalho. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 24 ago. 2010.

melhanças com a teoria das janelas quebradas de Wilson e Kelling. Essa proximidade entre ambas também pode ser facilmente identificada na chamada Operação Choque de Ordem atualmente em curso no Rio de Janeiro. Referida operação se utiliza do “enxotamento” de moradores de rua como estratégia de segurança pública.

O apelido Choque de Ordem foi criado pela mídia para se referir à primeira fase do programa de “consolidação da Ordem Pública na cidade do Rio de Janeiro” desenvolvido pela SEOP – Secretaria Especial para a Ordem Pública daquele município. O programa completo é composto de quatro fases: (1ª) Restabelecimento da Autoridade Pública, (2ª) Planejamento Estratégico da Ordem Pública, (3ª) Execução do *Portfolio* de Projetos e (4ª) Monitoramento dos Impactos na Ordem Pública. A primeira fase, o Restabelecimento da Autoridade Pública ou Choque de Ordem, está em andamento desde janeiro de 2009. Na página virtual da Prefeitura é possível encontrar o seguinte texto de apresentação da operação:

Choque de Ordem

Um fim a desordem urbana.

A desordem urbana é o grande catalisador da sensação de insegurança pública e a geradora das condições propiciadoras à prática de crimes, de forma geral. Como uma coisa leva a outra, essas situações banem as pessoas e os bons princípios das ruas, contribuindo para a degeneração, desocupação desses logradouros e a redução das atividades econômicas.

Com o objetivo de pôr um fim à desordem urbana, combater os pequenos delitos nos principais corredores, contribuir decisivamente para a melhoria da qualidade de vida em nossa Cidade, foi criada a Operação Choque de Ordem.²⁹

A despeito de certa imprecisão teórica ao tratar a teoria das janelas quebradas e o modelo tolerância zero de segurança como uma mesma coisa, os formuladores do programa de “consolidação da Ordem Pública na cidade do Rio

²⁹ PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. **CHOQUE DE ORDEM**. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/web/guest/exibeconteudo?article-id=87137>>. Acesso em: 26 maio 2011. 00:05.

de Janeiro” assumiram expressamente sua inspiração nessas propostas, adotando como ponto de partida a ideia de que o combate às incivildades e aos pequenos delitos contribuiria para o restabelecimento da ordem, tornando o ambiente da cidade menos propício ao cometimento de crimes e reduzindo, ao mesmo tempo, o sentimento de insegurança da população. Tal ideia, ponto em comum a ambas as propostas, foi inclusive apontada como justificativa para a importância do tema para a cidade do Rio de Janeiro:

Para a SEOP, a ‘desordem urbana’ é um importante propulsor da sensação de insegurança pública e acaba por gerar condições que propiciam a prática de crimes. De modo geral, tal desordem contribui diretamente para a degeneração e desocupação dos logradouros, sejam eles públicos ou privados, bem como para a diminuição e enfraquecimento das atividades econômicas. Por esta razão, combater a desordem urbana é central à ampliação da qualidade de vida em nossa cidade.

Essa visão segue a teoria de priorizar o combate ao pequeno delito denominada: ‘Tolerância Zero’ (em inglês ‘Broken Windows’) [sic]. Esta teoria foi aplicada em várias cidades americanas, no início dos anos 90 (mais notoriamente em Nova York), tendo como resultado uma redução significativa dos índices de criminalidade, e o restabelecimento da ordem, sobretudo, na repressão contínua e sistemática aos pequenos delitos. A teoria propõe que os pequenos delitos, comumente praticados livremente e em larga escala, criam o ambiente propício para a desordem generalizada, aumentando, em cadeia, a incidência dos grandes delitos e, conseqüentemente, a sensação de insegurança na população. Esse problema, por sua vez, prejudicou consideravelmente a cidade do Rio de Janeiro. Dessa forma, é uma questão relevante à agenda pública de nosso Município.³⁰

Dentre as principais incivildades a serem combatidas pelo Choque de Ordem encontram-se: o “estacionamento irregular”; a “ocupação irregular do espaço público”, referindo-se ao “uso indevido das calçadas com a ocupação de mesas, cadeiras e de outros obstáculos impedem a livre circulação dos pedestres”; o “xixi

³⁰ PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. Secretaria Especial da Ordem Pública. **Proposta para um plano municipal de ordem pública:** diagnóstico e proposições. Rio de Janeiro, mar. 2010. p. 25.

na rua”; as “construções irregulares / em áreas de risco e de proteção ambiental; a “publicidade irregular”; a “população de rua” e os “flanelinhas”.³¹ Com respeito à população de rua especificamente, a proposta da SEOP é a seguinte:

A rua é um dos lugares mais degradantes para um cidadão e sua família transformarem em dormitório. Em apoio à Secretaria Municipal de Assistência Social, com auxílio de um ônibus exclusivo, o Choque de Ordem atua no acolhimento de moradores de rua e os direciona para abrigos da Prefeitura.³²

Contudo, a realidade dessas ações da SEOP envolvendo moradores de rua parece ser outra, conforme registrou o jornal O Trecheiro de julho de 2010:

O jornal O Trecheiro conheceu um grupo de moradores de rua do Rio de Janeiro em junho passado [junho de 2010], que denunciaram a violência que sofrem nas ruas da cidade. A discriminação e o desrespeito começam pelas abordagens realizadas por agentes públicos. Estes adotam como primeira providência, o encaminhamento de todas as pessoas que se encontram nas ruas para as delegacias de polícia, antes mesmo de irem para um CRAS - Centro de Referência de Assistência Social ou um possível abrigo.

[...]

Marcelo Silva, articulador do MNPR/RJ [Movimento Nacional da População de Rua no Rio de Janeiro], confirma essas denúncias contra a população de rua. “Aqui no Rio, o Choque de Ordem leva primeiro para a delegacia, depois para um abrigo. Além disso, a população de rua é considerada bandida traficante, marginal”, desabafa Marcelo.³³

No Rio de Janeiro, Geovani Silva Gonzaga e Ana Cláudia Valentim Nogueira foram conduzidos à delegacia em razão de haverem sido confundidos com moradores de rua. O casal foi abordado em 18 de maio de 2009 na praia de

³¹ PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. **SEOP - Secretaria Especial da Ordem Pública**: ações da secretaria. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/web/seop/exibeconteudo?article-id=152881>>. Acesso em: 26 maio 2011. 00:09.

³² PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. **SEOP - Secretaria Especial da Ordem Pública**: ações da secretaria. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/web/seop/exibeconteudo?article-id=152881>>. Acesso em: 26 maio 2011. 00:09.

³³ COSTA, Alderon. Rio de Janeiro: Fichados e de volta às ruas. **O Trecheiro**, São Paulo: Julho, ano XIX, n. 189, 2010, p. 1.

Copacabana por policiais do Choque de Ordem. Segundo Geovani, os policiais teriam se aproximado e dito “Levanta. Pega as suas coisas. É a polícia! É a polícia! Pega as suas coisas, que vocês vão ser levados para um abrigo, porque vocês são morador de rua. [sic]”, ao que ele teria respondido “Eu não preciso de abrigo. Poxa, estava aqui tirando um sono, que eu sou ambulante, trabalho vendendo cerveja. Então, estava aqui descansando. Eu não preciso de abrigo.”. No entanto, a resposta do policial teria sido: “Entra dentro do carro.”, razão pela qual Geovani teria entrado na *van* da Operação Choque de Ordem³⁴ temeroso de uma possível agressão. Uma vez dentro do veículo, Geovani e Ana Cláudia não foram levados a um abrigo, mas sim à 13ª Delegacia de Polícia em Copacabana, onde acabaram sendo liberados. Nas palavras de Geovani: “Graças a Deus eu não tenho problema com a polícia. Aí eles me liberaram.”³⁵

Relatos como o de Marcelo e o do casal Geovani e Ana Cláudia fornecem indícios de que as abordagens do Choque de Ordem não se destinam ao encaminhamento dos moradores de rua a abrigos, mas sim à sua simples remoção das ruas da cidade. Nas palavras de Ana Cláudia: “Eles estão priorizando o bairro de Copacabana. Eles não estão priorizando o ser humano.”. Além disso, a oportunidade parece estar sendo aproveitada para se verificar a existência de eventuais mandados de prisão expedidos contra essas pessoas que ainda não tenham sido cumpridos, o que poderia explicar as cifras obtidas em um levantamento realizado pela própria SEOP acerca das ações do Choque de Ordem. Referido levantamento registrou, no período de janeiro de 2009 a fevereiro de 2010, 17.556 ações do Choque de Ordem envolvendo moradores de rua, sendo que 1.106 dessas ações resultaram na prisão do indivíduo abordado.³⁶

Não bastasse a condução forçada à delegacia, algumas vezes, as abordagens do Choque de Ordem culminam com a “desova” dos moradores de rua

³⁴ A título de curiosidade, a *van* do Choque de Ordem que recolheu Geovani e Ana Cláudia carregava a inscrição “Operação Bacana” na lataria. Choque de Ordem = Abuso de autoridade do Eduardo Paes sinônimo de segregação social. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=iTKmn0_y1-8&feature=youtu.be>. Acesso em: 18 mai. 2011. 18:12.

³⁵ Choque de Ordem = Abuso de autoridade do Eduardo Paes sinônimo de segregação social. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=iTKmn0_y1-8&feature=youtu.be>. Acesso em: 18 mai. 2011. 18:12.

³⁶ Dados constantes da tabela “Indicador: Ações junto à população de rua” da Proposta para um Plano Municipal de Ordem Pública. PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. Secretaria Especial da Ordem Pública. **Proposta para um plano municipal de ordem pública:** diagnóstico e proposições. Rio de Janeiro, mar. 2010. p. 27.

em locais distantes do centro, conforme relatou João Batista N. F. ao jornal O Trecheiro:

Da última vez que levou a gente foi num micro-ônibus da polícia. Chegamos na favela do Antares às quatro horas da manhã e os traficantes estavam esperando para matar todo mundo. A sorte é que o ônibus não entrou, mas fizeram a gente andar em fila para dentro da favela. Quando o chefe da favela viu a gente falou que a gente era louco porque se o ônibus entrasse na favela àquela hora iria morrer um por um.³⁷

Diante do exposto, verifica-se que, mais do que a utilização do conceito de incivilidade, as “políticas de enxotamento” também possuem em comum com a teoria das janelas quebradas o seu caráter altamente repressivo.

III.8 “Políticas de enxotamento” como repressão: uma espécie de “tipo de autor” aplicada fora do sistema penal

Embora o conceito de incivilidade, em geral, pressuponha uma conduta, há casos em que ela é dispensável. Nos “enxotamentos”, por exemplo, é indiferente se o morador de rua dorme na calçada ou no banco da praça, se pede esmola ou simplesmente vaga pelas ruas. A mera presença do morador de rua é suficiente para gerar incômodo na população, pois o que não se tolera não é a forma de agir, mas a forma de ser do morador de rua, a própria condição de morador de rua.

As tentativas de vincular os “enxotamentos” às ações do indivíduo, por sua vez, não passam de uma forma indireta de atribuir o caráter de incivilidade à condição de morador de rua. Isso porque o resultado da seleção dessas condutas é uma verdadeira descrição do indivíduo que mora na rua a partir de seu comportamento.

Dessa forma, verifica-se que as “políticas de enxotamento” identificam no indivíduo morador de rua uma incivilidade à semelhança do que faz o “tipo de autor” ao criminalizar a condição do indivíduo ao invés de sua conduta. Segundo Luigi Ferrajoli, o “tipo de autor” não preveria uma ação, tampouco uma ofensa, criminalizando não o ato, mas a forma de ser do indivíduo. Nas palavras do autor:

³⁷ COSTA, Alderon. Rio de Janeiro: Fichados e de volta às ruas. **O Trecheiro**, São Paulo: Julho, ano XIX, n. 189, 2010. p. 1.

Substancialismo e subjetivismo [...] alcançam as formas mais perversas no esquema penal do chamado tipo de autor, onde a hipótese normativa de desvio é simultaneamente “sem ação” e “sem fato ofensivo”. A lei, neste caso, não proíbe nem regula comportamentos, senão configura status subjetivos diretamente incrimináveis: não tem função reguladora, mas constitutiva dos pressupostos da pena; não é observável ou violável pela omissão ou comissão de fatos contrários a ela, senão constitutivamente observada e violada por condições pessoais, conformes ou contrárias. Está claro que ao faltar, antes inclusive da própria ação ou do fato, a proibição, todas as garantias penais e processuais resultam neutralizadas. Trata-se, com efeito, de uma técnica punitiva que criminaliza imediatamente a interioridade ou, pior ainda, a identidade subjetiva do réu e que, por isso, tem um caráter explicitamente discriminatório, além de antiliberal.³⁸

O “tipo de autor”, no entanto, diferentemente das “políticas de enxotamento”, depende de previsão legal. Encontra-se, portanto, inserido na esfera de atuação do sistema penal e legitimado pela Ideologia da Defesa Social. Já as “políticas de enxotamento” operam fora do sistema penal, identificando o perigo não no indivíduo que já delinuiu, mas naquele de quem se espera um delito. Utiliza-se, portanto, da noção de risco social em uma espécie de prolongamento da Defesa Social para momento anterior ao cometimento do delito.

III.9 Defesa Social *versus* risco social

A Ideologia da Defesa Social, segundo Alessandro Baratta, seria um conjunto de idéias legitimadoras do sistema penal como instrumento necessário ao exercício do poder de punir do Estado (*ius puniendi*). Segundo o autor, tal ideologia seria estruturada entorno de seis princípios: (1) princípio de legitimidade, (2) princípio do bem e do mal, (3) princípio da culpabilidade, (4) princípio da finalidade ou da prevenção, (5) princípio de igualdade, (6) princípio do interesse social e do delito natural.³⁹

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 98.

³⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 41-46.

O primeiro princípio (da legitimidade) conferiria ao Estado, como instituição representativa da sociedade, legitimidade para, em nome dela, reprimir as condutas desviantes. O segundo princípio (do bem e do mal) estabeleceria uma relação polarizada entre sociedade e crime, colocando em um extremo a sociedade, caracterizada como o bem, e no outro o crime, como o mal. O terceiro princípio (da culpabilidade) atribuiria a reprovabilidade da conduta criminosa ao fato de ela ser contrária aos valores da sociedade. O quarto princípio (da finalidade ou da prevenção) descreveria as funções da pena, responsável não apenas por retribuir o mal causado à sociedade, mas também por preveni-la da criminalidade, uma vez que desestimularia práticas criminosas e ressocializaria o indivíduo. O quinto princípio (da igualdade) apregoaria a igualdade na aplicação da lei penal, reprimindo as condutas criminosas sem distinção quanto ao autor do delito. Já o sexto princípio (do interesse social e do delito natural) atribuiria à norma penal a função de tutelar direitos naturais, conteúdo de interesse comum a todos os indivíduos integrantes da sociedade.⁴⁰ Assim, verifica-se que a

⁴⁰ Nas palavras de Baratta: "O conteúdo dessa ideologia [...] é sumariamente reconstruível na seguinte série de princípios:

- ^{a)} *Princípio de legitimidade.* O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.
- ^{b)} *Princípio do bem e do mal.* O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.
- ^{c)} *Princípio de culpabilidade.* O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.
- ^{d)} *Princípio da finalidade ou da prevenção.* A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente.
- ^{e)} *Princípio de igualdade.* A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.
- ^{f)} *Princípio do interesse social e do delito natural.* O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais)." BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 42-43.

Ideologia da Defesa Social se presta a legitimar a ação repressiva do Estado sobre o indivíduo que já delinuiu.

A noção de risco social, por sua vez, embora também legitime a repressão do indivíduo, tem como destinatário aquele que ainda não delinuiu, o delinquente em potencial. O risco social, portanto, prescinde de previsão legal, operando apenas com o perigo identificado em determinados grupos sociais. A ausência de critérios objetivos que orientem a seleção desses indivíduos foi criticada por Luigi Ferrajoli. Segundo o autor,

[...] o juízo, ao estar desvinculado de qualquer condição objetiva preexistente e informado por meros critérios de discricionariedade administrativa, degenera em procedimento policial de estigmatização moral, política ou social.⁴¹

A seletividade das práticas que se orientam a partir da noção de risco social também foi alvo de crítica por parte de João Ricardo W. Dornelles, que evidenciou que os indivíduos selecionados tendem a ser os mais pobres. Segundo autor são:

[...] pessoas pertencentes aos grupos sociais “perigosos”, “vulneráveis” ou “vulnerados”, suspeitos de fomentar a desordem social. São transgressores em potencial pelo simples fato de pertencerem às classes sociais subalternas ou aos grupos “vulneráveis” da sociedade.⁴²

Dessa forma, verifica-se que o risco social representado pelos grupos de indivíduos selecionados, dentre eles os moradores de rua, refere-se não só ao perigo do delito, mas também à desordem social, pois esta, conforme já afirmavam os teóricos das janelas quebradas, também contribui para o sentimento de insegurança da sociedade. Assim, verifica-se que as “políticas de enxotamento” destinam-se mais que prevenir a criminalidade, a preservar a ordem social. Contudo, a preservação da ordem vigente na sociedade brasileira contemporânea pode significar também a preservação das chamadas “fronteiras sociais”.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 100.

⁴² DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e segurança**: entre pombos e falcões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 42.

“POLÍTICAS DE ENXOTAMENTO”: PRESERVANDO A ORDEM E AS “FRONTEIRAS SOCIAIS”

A expressão “fronteiras sociais” pode ser encontrada no livro “Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo” de Teresa Pires do Rio Caldeira. Embora a autora não tenha se dedicado a explicar o que, de fato, são as “fronteiras sociais”, o uso que fez da expressão permite ao leitor inferir que elas sejam os limites que separam um grupo social do outro.¹ Elas delimitam a segregação entre os grupos, evidenciando as desigualdades sociais. Apesar de ser possível vislumbrá-las também na forma de barreiras físicas, como cercas, muros e portões que não se abrem para o indivíduo pobre, as “fronteiras sociais” podem ser identificadas em aspectos mais tênues da vida cotidiana, como a distinção dos indivíduos quanto à forma de se vestir, ao trabalho que exercem, ao local onde moram, aos locais que frequentam etc. Tais aspectos orientam uma noção de ordem que permite aferir se determinado fato encontra-se ou não de acordo com as regras. Por exemplo, vai de encontro à ordem da sociedade brasileira contemporânea que uma empregada doméstica use roupas da mesma marca que as de sua patroa. Um fato como esse é fator de insegurança social. Isso porque, em geral, ele pode significar duas coisas: ou o poder aquisitivo da empregada está aumentando, ou o poder aquisitivo da patroa é que está diminuindo. A crença de que a segunda é mais provável faz nascer na mente do indivíduo o medo da perda de seu *status* social. Vera Malaguti Batista atribui esse medo à “plasticidade” da vida nas sociedades capitalistas contemporâneas.²

IV.1 “Plasticidade” e insegurança da vida contemporânea

Para compreender a “plasticidade” de que trata Vera Malaguti Batista é preciso antes conhecer um conceito de ordem utilizado por Zygmunt Bauman. Segundo o autor:

¹ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000. p. 75.

² MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 97.

"Ordem" significa um meio regular e estável para os nossos atos; um mundo em que as probabilidades dos acontecimentos não estejam distribuídas ao acaso, mas arrumadas numa hierarquia estrita – de modo que certos acontecimentos sejam altamente prováveis, outros menos prováveis, alguns virtualmente impossíveis. Só um meio como esse nós realmente entendemos. Só nessas circunstâncias [...] podemos realmente "saber como prosseguir". Só aí podemos selecionar apropriadamente os nossos atos – isto é, com uma razoável esperança de que os resultados que temos em mente serão de fato atingidos. Só aí podemos confiar nos hábitos e expectativas que adquirimos no decorrer de nossa existência no mundo. Nós, humanos, somos dotados de memória e de uma capacidade de aprender; por esse motivo, conferimos benefícios a uma "boa organização" do mundo. Habilidades aprendidas para a ação constituem poderosos bens num mundo estável e previsível; tornar-se-iam completamente suicidas, todavia, se os acontecimentos viessem de súbito a se desviar das seqüências causais, desafiando assim toda previsão e tomando-nos de surpresa.³

Contudo, essa previsibilidade não existe no mundo atual. Trata-se de um mundo de possibilidades, tanto positivas quanto negativas, o que acaba por gerar um ambiente de grande incerteza. Isso porque, a mesma "solidariedade orgânica"⁴ e o individualismo que estimulam a diversidade entre os indivíduos permitem a sua exclusão, como ocorre com os moradores de rua, prova de que a exclusão também é uma possibilidade, o que provoca medo e insegurança naqueles que ainda se mantêm incluídos na sociedade. Essa característica de incerteza e maleabilidade da vida contemporânea que pode ser facilmente transformada é o que Vera Malaguti Batista chamou de "plasticidade". Segundo a autora:

Se as previsões apontam para que apenas 20% da força de trabalho do mundo possa mover a economia, o que fazer com os 80% de "economicamente supérfluos"? Este movimento faz com que a vida contemporânea tenha um caráter de plasticidade, faz com que as identidades sejam transitórias, e faz com que todos se sintam, de uma forma ou de ou-

³ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998. p. 15-16.

⁴ COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia: introdução à ciência da sociedade**. São Paulo: Moderna, 1997. p. 63-64.

tra, deslocados ou excluídos, estejam em que lado estiverem das grades urbanas. Este quadro faz com que a segurança seja a maior reivindicação política [...].⁵

Dessa forma, verifica-se que as reivindicações da sociedade por segurança orientam-se principalmente no sentido de restabelecimento da ordem. No entanto, considerando que a ordem vigente na sociedade brasileira contemporânea se estrutura entorno de desigualdades sociais, a preservação da ordem requer a preservação também das “fronteiras sociais”. Consequência disso é a caracterização de eventuais transposições dessas fronteiras como desordens. É o que acontece com os moradores de rua em meio às “políticas de enxotamento”.

IV.2 “Políticas de enxotamento” como “policiamento de fronteiras sociais”

Muitos dos locais apurados pela Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua como sendo os locais onde os moradores de rua costumam se instalar são também áreas originalmente destinadas ao uso pelos indivíduos socialmente incluídos, seja para o lazer (parques e praças), seja para o mero deslocamento (calçadas, rodovias e viadutos).⁶ A ocupação dessas áreas pelos moradores de rua acaba provocando o encontro de dois grupos distintos, incluídos e excluídos, que passam a ter de compartilhar o espaço. Essa proximidade é uma clara infração à ordem social vigente, uma vez que os moradores de rua cruzaram a fronteira que os separava da sociedade e insistem em ocupar os espaços urbanos a ela destinados. Contudo, mais que o desconforto da ordem infringida, essa proximidade faz nascer no indivíduo o medo da perda de seu *status* social. Esse medo se manifesta como o “medo de misturar-se”, a “mixofobia”.⁷

Partindo do pressuposto de que o perigo está na proximidade, nada mais lógico que a solução apresentada seja o restabelecimento da distância entre os

⁵ MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 97.

⁶ A Pesquisa Nacional sobre a População em situação de Rua apurou que os moradores de rua podem ser encontrados nos seguintes locais: “calçadas, praças, rodovias, parques, viadutos, postos de gasolina, praias, barcos, túneis, depósitos e prédios abandonados, becos, lixões, ferro-velho ou pernoitando em instituições (albergues, casas de passagem e de apoio e igrejas)”. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSF, abr. 2008. p. 6.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009. p. 43.

dois grupos, tornando novamente visíveis as “fronteiras sociais” que os separam. Nesse sentido é que Teresa Pires do Rio Caldeira fala em “policiamento de fronteiras sociais”,⁸ medidas que se destinam a preservar as “fronteiras sociais” quando ameaçadas pelas incertezas da vida contemporânea. Segundo a autora, “a proximidade leva ao refinamento das separações para que a percepção de diferença seja mantida”⁹ e “uma das maneiras de fazer isso é elaborar preconceitos e marcas de distinção”.¹⁰ No caso dos moradores de rua, tais preconceitos e marcas se concretizam na forma das etiquetas de *outsider*¹¹ e perigoso que são atribuídas ao grupo. No entanto, essas etiquetas não encontram um fim em si mesmas. Elas se prestam a justificar as “políticas de enxotamento” de moradores de rua, uma maneira concreta de restabelecer a distância entre os grupos.

Empregando a visão de Vera Malaguti Batista sobre o assunto ao caso específico dos moradores de rua seria possível dizer que o radicalismo das “políticas de enxotamento” se deve à grande proximidade (indesejada) entre os grupos, pois, segundo a autora, “quanto mais difusas as fronteiras, maior o medo”.¹² Curiosamente, o medo da sociedade ao enxotar os moradores de rua é o medo da perda do *status* social, o medo da exclusão, o medo de compartilhar da situação de insegurança vivenciada por eles.

IV.3 Medo do morador de rua *versus* medo da sociedade

Embora a figura do morador de rua habite o “imaginário do medo” da sociedade, há de se levar em conta que o indivíduo morador de rua também sente medo. Conforme explica Sérgio Carvalho Borges, coordenador do Movimento Aquarela da População de Rua no Rio Grande do Sul, articulador regional sul do Movimento Nacional da População de Rua (eixo Porto Alegre - Curitiba) e morador de rua há 12 anos em Porto Alegre, o primeiro elemento causador de medo apontado pelos moradores de rua é, de fato, a violência policial. Esse temor, no

⁸ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros**: crime, segregação e cidadania em São Paulo. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000. p. 75.

⁹ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros**: crime, segregação e cidadania em São Paulo. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000. p. 75.

¹⁰ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros**: crime, segregação e cidadania em São Paulo. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000. p. 75.

¹¹ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X. de Borges. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

¹² MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 86.

entanto, é algo rotineiro, algo com que o morador de rua já está acostumado a lidar. “É uma situação que ele [morador de rua] enfrenta e que ele encara como uma coisa que já é cotidiana”. Sérgio esclarece que o verdadeiro medo do morador de rua é ver-se sozinho, deixado à própria sorte sem “ninguém que o ajude, que dê um apoio para ele se reerguer”. Segundo Sérgio, o indivíduo que é excluído e acaba indo viver na rua tem consciência de que não é capaz de se reinserir na sociedade por conta própria. Ele sabe que precisa de ajuda.¹³ Por essa razão, as constantes negativas da sociedade em recebê-lo de volta e as práticas que acen-tuam ainda mais a exclusão, das quais são exemplo os “enxotamentos”, repercu-tuem de forma extremamente negativa na mente do morador de rua. O indivíduo que é enxotado e experimenta o não reconhecimento de forma constante come-ça a perder a esperança de que a reinserção ainda seja uma possibilidade.¹⁴

Contudo, apesar da exclusão e vulnerabilidade dessas pessoas, a socieda-de insiste em rotulá-las como perigosas. Não se trata, na verdade, de um temor com relação ao morador de rua propriamente dito. Trata-se sim do resultado de um processo de segregação dos indivíduos a partir da elaboração de marcas que permitem distingui-los dos demais, uma estratégia que visa tornar novamente visíveis as “fronteiras sociais” que separam incluídos de excluídos. O verdadei-ro medo da sociedade repousa na própria insegurança dos moradores de rua. Enquanto um indivíduo puder ser rotulado como perigoso porque passa fome, o que o torna uma pessoa desesperada, capaz de cometer atos de violência para obter o dinheiro de que necessita, mesmo aqueles que não compartilham de sua condição de exclusão não se sentirão seguros. Isso porque, conforme esclarece Ana Paula Miranda no documentário “Território e violência”, não pode haver segurança para alguns enquanto não houver segurança para todos.¹⁵

Uma afirmação como essa não é de difícil compreensão. Contudo, a sociedade não parece levá-la em consideração quando opta por práticas altamente repressivas,

¹³ MACHADO, Viridiana; Sérgio Carvalho Borges. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 26 ago. 2010.

¹⁴ O jornal O Trecheiro de agosto de 2010 registrou o desabafo de Michael Ferreira, morador de rua em Curitiba, sobre a sua experiência de não reconhecimento. Segundo Michael, “Você não é considerado pelo próprio contrerrâneo como um ser humano. Você abre a boca para pedir um pão, não te olham nem na cara. Eu acho que eles pensam que quem está na rua é lixo.” VIANA, Fabiano. Em Curitiba, “nem olham na sua cara”. **O Trecheiro**, São Paulo: Agosto, ano XIX, n. 190, 2010. p. 1

¹⁵ RODRIGUES, Rute Imanishi; Patrícia Rivero. **Território e violência**. Rio de Janeiro: IPEA / UFRJ, 2009.

como os “enxotamentos”, como medida de segurança pública. Conforme se verifica a partir dos exemplos de “enxotamento” apresentados neste trabalho, é inegável o agravamento da situação de insegurança que tais práticas causam aos moradores de rua. Nesse sentido, pouco coerente é a estratégia de segurança que causa insegurança.

IV.4 A incoerência das políticas de segurança que geram insegurança

Embora o medo se intensifique com a aproximação espacial dos moradores de rua com relação aos indivíduos socialmente incluídos, a insegurança de ambos não deixa de existir com o mero distanciamento dos grupos. À primeira vista, a situação de temor provocada pela presença dos moradores de rua em áreas tão próximas do convívio social dos incluídos até parece poder ser controlada com o simples restabelecimento da distância entre eles, com a demarcação das “fronteiras sociais”. Contudo, expulsar os excluídos dos centros urbanos, longe de solucionar o problema da falta de segurança, apenas o agrava.

Considerando que a insegurança dos moradores de rua é também fator gerador de insegurança para a sociedade, políticas como as de “enxotamento” estão fadadas ao fracasso em sua proposta de segurança pública, seja qual for a vertente em que se queira inseri-las, preventiva ou repressiva. Isso porque não é razoável pretender solucionar um problema quando o que se faz é justamente fortalecer a sua causa. Em outras palavras, não é razoável pretender a segurança da sociedade quando se gera insegurança aos moradores de rua.

Apesar de, conforme verificado no curso deste trabalho, o sentimento de insegurança da sociedade guardar um forte laço com a noção de ordem, vincular o conceito de segurança à mera garantia da ordem é limitá-lo demasiadamente, transformando-o em um instrumento de controle a serviço de alguns, aqueles que se dizem “cidadãos”, “pessoas de bem”, e lançando-o sobre os indivíduos ditos perigoso. Como alternativa a esse conceito, Alessandro Baratta apresenta uma ideia de segurança trabalhada em alguns países da Europa, a segurança como garantia de direitos.¹⁶

¹⁶ BARATTA, Alessandro. O conceito de segurança na Europa. Rio de Janeiro: UCAM, 2000. Mimeo.

IV.5 Segurança como garantia de direitos

Para tratar da segurança Alessandro Baratta, assim como fez Vera Malaguti Batista, utilizou-se da noção de certeza. Contudo, enquanto a autora se limitou a relacionar o sentimento de insegurança da sociedade à incerteza do mundo atual,¹⁷ Baratta foi um pouco mais adiante e disse que a segurança estaria relacionada à “certeza da satisfação de necessidades” dos indivíduos, necessidades estas que, segundo o autor, seriam expressas no mundo jurídico na forma de direitos.¹⁸ Assim, considerando que a insegurança advém da incerteza e que a segurança, por sua vez, depende da certeza da satisfação de direitos, conclusão lógica é que para haver segurança deve haver a garantia da satisfação dos direitos de todos, já que, conforme destacou Ana Paula Miranda, não é possível a segurança de alguns enquanto não houver a segurança de todos.¹⁹ Por essa razão, Alessandro Baratta propôs que uma política de segurança deveria ser uma “uma política integral de proteção e satisfação de todos os direitos humanos e fundamentais”.

Diante disso, não é necessário grande esforço para concluir que as “políticas de enxotamento” de moradores de rua não se inserem nesse conceito. Referidas políticas estariam melhor enquadradas entre aquelas que se orientam segundo o modelo que Baratta chamou de “direito à segurança”, em oposição ao modelo de “segurança dos direitos” anteriormente apresentado. Segundo o autor, o modelo de “direito à segurança” seria resultado de uma visão da própria segurança como um direito.

Em efeito, ou uma construção assim é supérflua, se significa a legítima demanda de todos os direitos para todos os indivíduos (neste caso, antes de “direito à segurança” será mais correto falar em “segurança dos direitos”, ou de “direito aos direitos”) ou é ideológica, se implica a seleção de alguns direitos de grupos privilegiados e uma prioridade de ação do aparato administrativo e judicial em seu favor e, ao mesmo tempo, limitação aos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição e nas Convenções Internacionais.²⁰

¹⁷ MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 97.

¹⁸ BARATTA, Alessandro. O conceito de segurança na Europa. Rio de Janeiro: UCAM, 2000. Mimeo.

¹⁹ RODRIGUES, Rute Imanishi; Patrícia Rivero. **Território e violência**. Rio de Janeiro: IPEA / UFRJ, 2009.

²⁰ BARATTA, Alessandro. O conceito de segurança na Europa. Rio de Janeiro: UCAM, 2000. Mimeo.

Dessa forma verifica-se que, caso o “direito à segurança” fosse supérfluo, estaria melhor colocado como “segurança dos direitos”. Do contrário, seria uma construção ideológica em que apenas alguns direitos de alguns grupos seriam selecionados para compor a chamada segurança. O resultado disso seria um sistema que, ao mesmo tempo em que gera insegurança, alimenta-se dela.²¹ Assim são as “políticas de enxotamento”, pois elas partem da insegurança da sociedade, sua justificativa, geram insegurança aos moradores de rua e, retornam ao início gerando insegurança para a sociedade.

Políticas como as de “enxotamento”, orientadas segundo o modelo de “direito à segurança”, jamais alcançarão a segurança entendida como a situação em que todos terão a certeza da satisfação de seus direitos. É necessário substituí-las por políticas voltadas para a garantias de direitos, buscando sempre a aproximação do ideal da proteção integral.

²¹ BARATTA, Alessandro. O conceito de segurança na Europa. Rio de Janeiro: UCAM, 2000. Mimeo.

CONCLUSÃO

No curso deste trabalho foi possível conhecer o grau de exclusão em que vivem os moradores de rua, que sofrem não apenas a privação de direitos, mas também com o não reconhecimento como sujeitos de direitos.¹ Foi também possível verificar como ocorre o processo de identificação desses indivíduos tão vulneráveis como um perigo para a sociedade. Referido processo, que se inicia com a “fala do crime”,² resulta na criação de uma figura estereotipada do morador de rua que habita o “imaginário do medo”³ da sociedade. Essa visão do morador de rua como perigoso é o que permite à sociedade abordá-los como um problema de segurança pública.

Dentre as diferentes estratégias de segurança pública estudadas, constatou-se que a teoria das janelas quebradas e o modelo tolerância zero de segurança, ambos altamente repressivos, eram expressos ao eleger comportamentos típicos dos moradores de rua como desordens que deveriam ser combatidas. Nesse ponto, foi apresentado ao leitor o conceito de incivilidade, uma conduta que, embora não tenha sido caracterizada como crime, é igualmente repudiada pela sociedade. Segundo os teóricos das janelas quebradas e da tolerância zero, as incivildades deveriam receber a mesma resposta repressiva que o Estado destina aos delitos, pois, embora seu caráter ofensivo seja reduzido, elas contribuem para a degradação do ambiente das cidades, tornando-o propício ao cometimento de delitos e aumentando o sentimento de insegurança da sociedade.⁴

¹ NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Dos excluídos necessários aos excluídos desnecessários. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). **No meio da rua: nômades, excluídos e viradores**. Rio de Janeiro: Garamond, 2000. p. 56-87.

² CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania** em São Paulo. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000. p. 10.

³ AMARAL, Layne. O imaginário do medo: violência e segregação espacial na cidade do Rio de Janeiro. **Contemporânea**, Rio de Janeiro, ed. 14, vol. 18, n. 1, p. 34-45, jan./jul. 2010. Disponível em <<http://www.contemporanea.uerj.br/antiores/index14.html>>. Acesso em: 26 maio 2011. 19:31.

⁴ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença** na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 179-189.

Dessa forma, a teoria das janelas quebradas e o modelo tolerância zero nela inspirado trouxeram a proposta de repressão a essas condutas como forma de prevenção da criminalidade. Outra proposta, no entanto, surgida mais ou menos no mesmo período, trazia a prevenção como protagonista no lugar da repressão: a Nova Prevenção. Verificou-se que essa terminologia abrange propostas bastante diversas que têm em comum o fato de serem externas ao sistema penal, desvinculando-se do conceito de crime. Tais propostas pretendem a atuação em momento anterior ao cometimento do delito, buscando evitar a ocorrência não apenas das condutas penalmente descritas, mas também daquelas que, embora não criminalizadas, são prejudiciais ao convívio social. Aqui surge mais uma vez o conceito de incivilidades.⁵

Dentre os modelos que se inserem sob a nomenclatura Nova Prevenção, destacou-se a o modelo anglo-saxão e escandinavo, caracterizado pela prevenção situacional. Sua proposta era evitar as oportunidades de cometimento do delito. Para tanto, pregava-se a necessidade de intervenção no ambiente das cidades a fim de livrá-lo de seus atributos negativos. Tais atributos são justamente os elementos que tornam o meio mais propício às práticas criminosas, para os teóricos das janelas quebradas e da tolerância zero, são os elementos que degradam o ambiente. Dentre esses elementos, verificou-se que, mais uma vez, podiam ser inseridos os moradores de rua.⁶

Embora os exemplos mais comumente citados de estratégias de prevenção situacional digam respeito à instalação de postes de iluminação, à poda de árvores, ou até mesmo à mudança no projeto arquitetônico de edifícios,⁷ elas nem sempre se restringem a aspectos estritamente físicos do meio. Por vezes, o atributo negativo que se identifica são pessoas, pessoas perigosas ou simplesmente sujas, em ambas as hipóteses, deterioradoras do meio urbano, pessoas como os

⁵ ZACKSESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua**. 1997. 109 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 23-28.

⁶ ZACKSESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua**. 1997. 109 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 23-28.

⁷ DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana: o modelo da nova prevenção**. São Paulo: Revista dos Tribunais / Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 106.

moradores de rua. As medidas que se destinam a removê-los da cidade recebem o nome de “políticas de enxotamento”.⁸

Conforme se verificou no curso do trabalho, tais políticas, embora se apresentem como medida de segurança pública, carregam alguns traços “higienistas”.⁹ Isso porque, ao classificar os atributos do espaço em positivos e negativos, utiliza-se de um ideal de pureza segundo o qual limpa é a cidade que não só tem ruas e calçadas limpas, mas também é bem frequentada. Com essa expressão o que se rejeita é um tipo de sujeira humana composta por indivíduos que, em sociedades capitalistas como a brasileira, não possuem função produtiva nem capacidade para consumir. Tais indivíduos, em razão de serem absolutamente dispensáveis, não encontram lugar na sociedade. Por isso, estão sempre “fora do lugar”,¹⁰ em conflito com a ordem vigente.

Nesse sentido, é que esta autora defendeu que as “políticas de enxotamento” estariam melhor classificadas como uma mescla de estratégia segurança pública com ações de limpeza urbana. Tendo isso em mente, foram expostos três exemplos de práticas de “enxotamento” de moradores de rua: o primeiro em que há cooperação entre policiais e funcionários da limpeza urbana para enxotar os moradores de rua jogando seus pertences no lixo, o segundo em que os moradores de rua são transportados à força para locais distantes de onde foram encontrados e o terceiro em que eles são conduzidos à delegacia, em geral, sob a alegação de haverem cometido desacato, apenas como pretexto para retirá-los das ruas. Em todos os casos, foi possível constatar os inúmeros prejuízos, até mesmo emocionais, causados aos moradores de rua, o que apenas agrava sua situação de exclusão e insegurança.

No caso específico do Rio de Janeiro, pôde-se realizar uma breve análise sobre a chamada Operação Choque de Ordem, em curso naquela cidade desde janeiro de 2009. Referida operação mereceu destaque neste trabalho por se utilizar de “enxotamentos” como técnica de abordagem dos moradores de rua, além de assumir expressamente sua inspiração na teoria das janelas quebradas

⁸ MACHADO, Viridiana; Sérgio Carvalho Borges. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 26 ago. 2010.

⁹ MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 53.

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998. p. 14.

e na tolerância zero.¹¹ Tal é a proximidade das “políticas de enxotamento” como prevenção situacional com esses dois modelos que elas acabam se descaracterizando como medida preventiva e assumindo um caráter fortemente repressivo.

Esse caráter repressivo das “políticas de enxotamento” se deve ao fato de elas combaterem não condutas, mas pessoas. Apesar de se utilizarem da ideia de incividades, ao elencarem diversos comportamentos típicos dos moradores de rua, elas acabam realizando uma verdadeira descrição do indivíduo a partir de seu comportamento. Trata-se de uma repressão não às ações do indivíduo, mas à própria forma de ser do indivíduo em uma espécie de “tipo de autor”¹² aplicada fora do sistema penal. A diferença entre o “tipo de autor” e as “políticas de enxotamento” é que o “tipo de autor” encontra legitimidade na Ideologia da Defesa Social, enquanto as “políticas de enxotamento”, externas ao sistema penal, utilizam-se da noção de risco social. Afinal, o morador de rua é visto como um perigo para a sociedade.

No entanto, tal identificação dos moradores de rua como perigosos, segundo Teresa Pires do Rio Caldeira, nada mais é que uma estratégia de segregação de que se utiliza a sociedade quando a proximidade entre incluídos e excluídos aumenta tornando difícil distinguir as “fronteiras sociais” que os separam.¹³ Nesse sentido, as “políticas de enxotamento” decorrentes dessa rotulação dos moradores de rua como perigosos podem ser referidas como estratégias de “policimento de fronteiras sociais”.¹⁴ Contudo, tais estratégias, como o próprio nome indica, mantêm os moradores de rua excluídos, impedindo que cruzem a fronteira para a inclusão social, o que apenas acentua sua insegurança.

Embora a sociedade insista em rejeitar os moradores de rua, negando-lhes o *status* de sujeito de direito, a segurança que tanto almeja não pode ser alcançada enquanto esses e outros excluídos também não estiverem seguros.¹⁵

¹¹ PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. Secretaria Especial da Ordem Pública. **Proposta para um plano municipal de ordem pública:** diagnóstico e proposições. Rio de Janeiro, mar. 2010. p. 25.

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 98.

¹³ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros:** crime, segregação e cidadania em São Paulo. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000. p. 75.

¹⁴ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros:** crime, segregação e cidadania em São Paulo. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000. p. 75.

¹⁵ RODRIGUES, Rute Imanishi; Patrícia Rivero. **Território e violência.** Rio de Janeiro: IPEA / UFRJ, 2009.

Segundo Alessandro Baratta, a segurança deveria ser entendida como uma situação de universalidade na garantia de direitos, já que ela depende da certeza do indivíduo da satisfação de suas necessidades.¹⁶ Nesse sentido, torna-se evidente a absoluta ineficácia das políticas de “enxotamento” como as políticas de segurança pública que pretendem ser. Elas operam com uma noção limitada de segurança como preservação da ordem, gerando insegurança aos grupos sobre os quais recaem. Se o objetivo é realmente segurança, é necessário mudar o enfoque da parte (grupos privilegiados) para o todo (toda a população), substituindo a repressão pela garantia integral de direitos.

¹⁶ BARATTA, Alessandro. O conceito de segurança na Europa. Rio de Janeiro: UCAM, 2000. Mimeo.

REFERÊNCIAS

Abuso de autoridade. **Fantástico**, Rio de Janeiro, 22 out. 2006. Disponível em <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL696150-15605,00.html>>. Acesso em: 25 maio 2011. 22:46.

AMARAL, Layne. O imaginário do medo: violência e segregação espacial na cidade do Rio de Janeiro. **Contemporânea**, Rio de Janeiro, ed. 14, vol. 18, n. 1, p. 34-45, jan./jul. 2010. Disponível em <<http://www.contemporanea.uerj.br/antiores/index14.html>>. Acesso em: 26 maio 2011. 19:31.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 16, n. 30, p. 24-36, jun. 1995. Disponível em <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1514/showToc>>. Acesso em: 26 maio 2011. 19:43.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. O conceito de segurança na Europa. Rio de Janeiro: UCAM, 2000. Mimeo.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Trad. Maria Luiza X. de Borges. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2011.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCE, abr. 2008.

BORGES, Sérgio Carvalho. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 24 ago. 2010.

BURSZTYN, Marcel; Carlos Henrique Araújo. **Da utopia à exclusão**: vivendo nas ruas em Brasília. Rio de Janeiro: Garamond / Codeplan, 1997.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros**: crime, segregação e cidadania em São Paulo. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000.

Choque de Ordem = Abuso de autoridade do Eduardo Paes sinônimo de segregação social. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=iTKmn0_y1-8&feature=youtu.be>. Acesso em: 18 mai. 2011. 18:12.

COSTA, Alderon. Após a eleição, o Brasil pode mudar? **O Trecheiro**, São Paulo: Novembro, ano XIX, n. 192, 2010.

_____. Rio de Janeiro: Fichados e de volta às ruas. **O Trecheiro**, São Paulo: Julho, ano XIX, n. 189, 2010.

COSTA, José Luis. Morador de rua é pichado enquanto dormia na capital: Vanderlei Pires também foi vítima de um jovem que teria urinado sobre seus pés. **Zero Hora**, Porto Alegre, 2 abr. 2010. Disponível em <<http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&lcal=1§ion=Geral&newsID=a2859982.xml>>. Acesso em: 23 maio 2011. 18:12.

COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia**: introdução à ciência da sociedade. São Paulo: Moderna, 1997.

DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana**: o modelo da nova prevenção. São Paulo: Revista dos Tribunais / Fundação Getúlio Vargas, 2005.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e segurança**: entre pombos e falcões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FALA RUA. **O movimento**. Disponível em <http://www.falarua.org/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=80>. Acesso em: 25 maio 2011. 17:57.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos Sociais**. São Paulo: Loyola Multimídia, 1998. 1 VHS (21 min).

_____. **Teoria dos movimentos sociais**: paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo: Loyola, 1997.

GOVERNO FEDERAL. **Política nacional para inclusão social da população em situação de rua**. Brasília, maio 2008.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

MACHADO, Viridiana; Sérgio Carvalho Borges. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 26 ago. 2010.

MAGNI, Cláudia Turra. **Nomadismo urbano**: uma etnografia sobre moradores de rua em Porto Alegre. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MEAD, Charles H. ***Mind, self and society: from the standpoint of a social behaviorist***. Chicago: *The University of Chicago Press*.

MESQUITA, Roberto Melo. **Gramática da língua portuguesa**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Dos excluídos necessários aos excluídos desnecessários. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). **No meio da rua**: nômades, excluídos e viradores. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

PAVARINI, Massimo. *Seguridad frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad: una visión entre el centro y el margen*.” In: PAVARINI, Massimo; Agustín A. Pérez Carrillo; Fernando Tenorio Tagle. **Seguridad pública: três puntos de vista convergentes**. México: Coyoacán, 2006.

PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. **CHOQUE DE ORDEM**. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/web/guest/exibeconteudo?article-id=87137>>. Acesso em: 26 maio 2011. 00:05.

_____. **SEOP - Secretaria Especial da Ordem Pública**: ações da secretaria. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/web/seop/exibeconteudo?article-id=152881>>. Acesso em: 26 maio 2011. 00:09.

_____. Secretaria Especial da Ordem Pública. **Proposta para um plano municipal de ordem pública**: diagnóstico e proposições. Rio de Janeiro, mar. 2010.

Rede rua: comunicar, educar e articular cidadania. **Principal**. São Paulo, 2011. Disponível em <<http://www.rederua.org.br/#top>>. Acesso em: 25 maio 2011. 22:44.

RODRIGUES, Rute Imanishi; Patrícia Rivero. **Território e violência**. Rio de Janeiro: IPEA / UFRJ, 2009.

RODRIGUES, Samuel. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 26 ago. 2010.

Silvia. Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani. Brasília, 24 ago. 2010.

VIANA, Fabiano. Em Curitiba, "nem olham na sua cara". **O Trecheiro**, São Paulo: Agosto, ano XIX, n. 190, 2010.

WACQUANT, Löic. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

WILSON, James Q.; George L. Kelling. *Broken windows*. **Atlantic Magazine**. Washington, mar. 1982. Disponível em <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/4465/5/>>. Acesso em: 26 maio 2011. 07:45.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZACKSESKI, Cristina. Movimentos sociais e participação cidadã. **Universitas/Jus** (UNICEUB), Brasília, v. 10, p. 85-98, 2004.

_____. **Políticas integradas de segurança urbana**: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua. 1997. 109 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

CARLOS EDUARDO RODRIGUES BANDEIRA

TUTELAS DE INTERESSES METAINDIVIDUAIS E A MAXIMIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO

Dissertação apresentada para obtenção do
título de bacharel em Direito pelo programa
do Centro Universitário de Brasília-UniCeub.

Orientador:
Prof. Dr. Alvaro Ciarlini

RESUMO

Não existe ordenamento jurídico perfeito, muito embora haja esforço por parte do legislador em criar normas para prevenir e solucionar litígios de maneira mais justa e menos onerosa para as partes, ainda assim, o sistema jurídico brasileiro está longe da perfeição, sendo necessário, existir a preocupação com as lides envolvendo interesses difusos e coletivos relativos aos consumidores, todavia, na legislação brasileira, apesar das visíveis imperfeições e lacunas, dentro do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) a solução para defesa dos interesses metaindividuais, mas o problema se encontra com os legitimados em oferecer ação civil pública que ainda não notaram a eficiência deste remédio jurisdicional, principalmente, nas lides que envolvem planos de saúde e segurados, onde é perceptível manifesto abandono com a defesa dos consumidores e, nada está sendo feito para, ao menos, minimizar os abusos cometidos pelas seguradoras. A utilização da ação civil pública como forma de tutela dos interesses metaindividuais representa um uso maior e mais amplo do ordenamento jurídico, não sendo este procedimento compatível com os juizados especiais civis, assim retirando a idéia *inter partes* e substituindo pela idéia *erga omnes*, por meio de apenas uma ação serão representados todos os interesses relativos aos grupos e toda a sociedade, cumprindo à risca o conceito de eficiência, interligado com a razoável duração do processo e permitindo que o Estado cumpra os escopos da jurisdição, garantido assim a aplicação dos princípios constitucionais, especialmente a isonomia e a dignidade da pessoa humana, também permitindo ao Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade difuso pelos magistrados ainda na primeira instância. A ação civil pública realmente constitui uma forma de maximização da jurisdição, elevando o conceito de justiça a outro patamar, sendo esta, provavelmente, a maior forma de racionalização do sistema jurídico brasileiro para solução de litígios envolvendo a coletividade e garantindo os direitos sociais.

Palavras-chave: interesses metaindividuais. Ação civil pública.

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor estatui regras voltadas para regulamentar as relações entre os fornecedores ou prestadores de serviços e os consumidores, relação esta muitas vezes conturbada provocada por uma má prestação de serviços, normalmente seguida da recusa da regular prestação do serviço por uma questão de economia ou até mesmo pela própria má-fé, sendo que, em ambas as situações sempre é o consumidor quem fica com o prejuízo e a insatisfação.

A relação deverá ser materializada na forma de ação, para logo em seguida ser submetida à prestação jurisdicional do Estado, o legítimo responsável pela solução legal dos conflitos.

Os consumidores por mais desunidos que sejam constituem uma classe determinada ou indeterminada, proporcional ao âmbito da prestação de determinado serviço, assim caracterizando os chamados interesses difusos e coletivos, devendo necessariamente ser objeto de proteção estatal, utilizando-se um instrumento processual hábil a representá-los.

As tutelas de interesses individuais presentes no Código de Processo Civil e oriundas do clássico Direito Romano se mostram ineficazes frente à representação dos grupos de consumidores, muito embora nada impeça a interposição de ações individuais por cada consumidor, mas a própria Constituição e o Código de Defesa do Consumidor admitem a representação dos interesses metaindividuais por meio de ação própria para maximização da jurisdição.

A representação dos interesses coletivos e garantia dos interesses individuais é o objeto da terceira onda de acesso à Justiça, permitindo equilibrar a prestação jurisdicional com a recente idéia de coletivização dos processos, presente em ações como o mandato de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública.

A intenção da terceira onda de acesso à Justiça é demonstrar a grande utilidade da ação civil pública (Lei 7.347/85), remédio jurisdicional responsável

por facilitar o alcance dos escopos da jurisdição e o papel preventivo do Direito, sempre na busca por regular o comportamento humano pela incidência de suas normas.

A presente pesquisa faz uma análise muitas vezes crítica à clássica forma de acesso ao Judiciário por meio das tutelas de interesses individuais, cabendo a ressalva de que o tema é recente e possui singular importância no meio doutrinário brasileiro, observado que muitas vezes é reduzido a uma única menção ou um breve comentário no meio acadêmico, não sendo discutida ainda sua real importância.

O objetivo principal desta pesquisa é a demonstração do constante abandono na defesa dos interesses metaindividuais dos consumidores quando a lesão se origina nos contratos de planos de saúde, para tanto, o estudo foi dividido em três partes para facilitar a exposição do tema abordado.

A primeira parte deste estudo possui o objetivo de demonstrar a evolução do acesso à Justiça na visão doutrinária de Mauro Cappelletti, a tendência de coletivização do processo e que há uma idéia de conciliação entre a primeira e segunda onda de acesso à Justiça, caracterizando a terceira onda.

Dessa forma, demonstrada a existência do acesso à Justiça por meio das tutelas metaindividuais, cabe especificar que o ordenamento jurídico brasileiro vigente estabelece um “remédio” para representação da sociedade como parte processual, a ação civil pública é o instrumento de representação dos interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e também é uma forma mais hábil de solução dos litígios.

Pontua-se, em seguida, a ampla ligação do Código de Defesa do Consumidor com a Lei 7.345/85 e o procedimento ordinário do Código de Processo Civil, demonstrando a incompatibilidade da ação civil pública com o procedimento sumaríssimo dos juizados especiais descritos na Lei 9.099/95, devendo este procedimento ser evitado quando o objeto processual se referir aos interesses metaindividuais.

O terceiro e último capítulo desta pesquisa, em um primeiro momento, se destina a explicar as consequências da utilização das tutelas de interesses metaindividuais como o controle de constitucionalidade difuso ou incidental realizado por qualquer dos membros do Judiciário e a garantia de princípios cons-

titucionais básicos e essenciais como a dignidade da pessoa humana e isonomia de uma forma coletiva e não meramente individual.

Cumprе ressaltar que será feita uma crítica ao posicionamento doutrinário dominante em admitir apenas os princípios consagrados na Carta Magna de maneira individual, ainda não visualizando a preservação dos interesses na esfera da coletividade, muito embora, exista hoje uma nítida tendência à coletivização de interesses, entendimento este que deverá vigorar futuramente.

A parte final do último capítulo indica a representação dos interesses difusos como forma de maximização da jurisdição e conseqüentemente na solução dos litígios, sendo uma ferramenta mais ampla e potente que garante todos os escopos do Estado por meio de uma única ação.

Cabe esclarecer que em muitos Estados da federação a ação civil pública ainda não foi utilizada para resolver as lesões causadas pelas operadoras dos planos de saúde aos diversos segurados, que nada mais são do que consumidores de uma prestação de serviços em um contrato de seguro. Por outro lado, muitas vezes após o ajuizamento da ação civil pública existem julgados condenando as operadoras a repararem os danos causados e modificarem a prestação de serviços, possuindo efeito *erga omnes*, alcançando até mesmo os futuros consumidores.

Por fim, não houve qualquer interesse em criticar diretamente o Sistema Único de Saúde (SUS) por sua ineficiência, mas apenas demonstrar a indispensabilidade do sistema suplementar de saúde regulado pela Lei 9.656/98 e a eficiência da ação civil pública como meio para solucionar os litígios, além de incluir os grupos de consumidores beneficiários dos planos de saúde nos tratamentos contra as diversas enfermidades e moléstias existentes no mundo, de modo a preservar o bem jurídico mais importante do homem que é a vida.

MOVIMENTOS RENOVATÓRIOS DE ACESSO À JUSTIÇA

I.1 Primeira onda: tutelas individuais

O homem, no decorrer de sua caminhada evolutiva necessitou de um ente soberano para regular seus atos, este ser fictício deveria ser responsável pela manutenção da paz entre os indivíduos e único detentor da violência legal coercitiva, este deveria evitar que o próprio homem se perca frente suas paixões naturais interiores, a noção de Estado surgiu a partir de tal pensamento.¹

O Direito, por sua vez, inicialmente surgiu como um conjunto de normas de caráter abstrato, com função de prevenção contra atos lesivos e meio de coerção legal para solução dos litígios.² Contudo, atualmente o conceito de direito foi ampliado, devendo ser entendido como instrumento cujo escopo está voltado para a satisfação de interesses e a pacificação social.³

O Estado, na visão de Hobbes, surgiu com o fim de evitar a violência privada e forma de racionalização dos conflitos, a partir daí, o homem deixa sua condição de submissão às leis naturais e se organiza dentro de um sistema hierárquico de leis, pelo acordo de vontades, na forma do contrato social.⁴

No século XIX, o Estado Moderno assume uma postura intervencionista, essa nova postura visa garantir a solução dos litígios, dando maior importância ao processo, como meio de garantia da aplicação das leis e solução dos litígios de modo menos gravoso com mais isonomia para aqueles lesados por uma conduta gravosa.⁵

¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 123.

² KELSEN, HANS. *Reine Rechtslehre*. Leipzig- Viena, Deuticke, 1934 (trad. port. João Baptista Machado: *Teoria pura do direito*. 8. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009), p. 49.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 188.

⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 125.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acess to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 10.

A formação do Estado Social gerou a garantia de acesso à Justiça a todos, não importando a condição econômica ou grupo étnico do indivíduo lesionado, sendo a prestação jurisdicional um dever do Estado com escopo de cumprir o disposto em lei⁶ e, sobretudo, fazer com que o Estado regule o comportamento de seus subordinados usando sua soberania e impondo suas normas de conduta.⁷

A jurisdição jamais existiria se não houvesse acesso à Justiça, mas essa garantia necessitou de complementação, muito se deu por conta do excesso de formalismo judicial e dos altos custos para ingresso no sistema, desse modo, foi necessária a criação de ondas renovatórias para facilitar o ingresso daqueles que até então se encontravam excluídos do sistema judicial.

A primeira onda (movimento renovatório) surgiu a partir da necessidade de representação judicial dos mais pobres (em sentido amplo, representando todos à margem do sistema judicial), essa idéia foi introduzida para facilitar o acesso dos cidadãos à margem do sistema e minimizar os problemas sociais, rompendo o paradigma de inacessibilidade a uma decisão judicial por conta das custas e falta de defensores.⁸

Mauro Cappelletti esclarece a primeira onda da seguinte forma:

Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não podem custear são, por isso mesmo, vitais. Até muito recentemente no entanto, os esquemas de assistência judiciária da maior parte dos países eram inadequados. Baseavam-se, em sua maior parte, em serviços prestados pelos advogados particulares, sem contraprestação (*múnus honorificum*). O direito ao acesso foi, assim, reconhecido e se lhe deu algum

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 210.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 199.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffrè, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p.32.

suporte, mas o Estado não adotou qualquer atitude positiva para garanti-lo. De forma previsível, o resultado é que tais sistemas de assistência judiciária eram ineficientes. Em economias de mercado, os advogados, particularmente os mais experientes e altamente competentes, tendem mais a dedicar seu tempo a trabalho remunerado que à assistência judiciária gratuita. Ademais, para evitarem incorrer em excessos de caridade, os adeptos de programa geralmente fixaram estritos limites de habilitação para quem desejasse gozar do benefício.⁹

A assistência jurídica é fundamental, a idéia básica da primeira onda renovatória é a assistência jurídica como inclusão daqueles à margem do sistema e a permissão ao acesso e o julgamento dos seus conflitos. O *due process of Law*¹⁰ oriundo do Direito norte-americano ampliou a idéia de acesso à Justiça, não somente é o direito ao julgamento da lide, mas uma forma de participação ativa no processo.

Os Estados Unidos e a Inglaterra foram pioneiros no processo de assistência jurídica para os excluídos do sistema judicial, por intermédio de medidas, por exemplo, remunerar advogados particulares pelos cofres do Estado até o final do processo (sistema *Judicare*),¹¹ não permitindo a desistência da ação por falta de defesa e excesso de formalismos, muitas vezes estranhos para o autor.

O movimento, entretanto, possui uma restrição quanto à amplitude do uso do Direito, sempre a assistência jurídica será limitada a uma só pessoa e, a decisão terá efeito *inter partes*, sendo esquecida a idéia de representação e garantia dos interesses sociais, não utilizando o direito de forma ampla e racional para solução dos litígios por uma única ação.¹²

A existência das tutelas individuais para resolver danos de magnitude coletiva, ainda é baseada na idéia do processo romano, não sendo possível a solução imediata do problema em nível *erga omnes*, conseqüentemente, gerando a repetição *ad eternum* dos casos semelhantes envolvendo a mesma lesão, sendo

⁹ Idem. Ibidem, p. 31, 32.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 35.

¹¹ Idem. Ibidem, p. 36.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95

esquecida a possibilidade de representação processual dos interesses grupais, coletivos e individuais homogêneos.

A massificação das tutelas individuais gerou uma demanda elevada de casos dentro Judiciário,¹³ sendo agravada pela ausência de representação a nível metaindividual, inexistindo solução definitiva para o problema apresentado, muitas vezes permitindo a existência de uma futura lesão de maior impacto, por não haver qualquer tutela específica para coibir os atos ilícitos praticados.

O principal problema das tutelas individuais é relativo ao nível de satisfação dos interesses,¹⁴ sendo restrita, a decisão judicial só garantirá a prestação jurisdicional para as partes integrantes do litígio, não gerando qualquer efeito relacionado com a garantia de interesses sociais, sendo necessária outra ação para garantir a prestação jurisdicional aos demais interessados, cuja lesão ou ameaça é a mesma ou semelhante.¹⁵

A primeira onda renovatória retirou os primeiros entraves de acesso à Justiça, possibilitando inclusão judicial a todos, de modo indiscriminado e efetivo, mas as limitações existentes no âmbito da representação individual acabaram por permitir o avanço do pensamento jurídico com a representação dos interesses metaindividuais, buscando introduzir ao processo a ideia de coletivização do processo.¹⁶

O sistema processual deve ser entendido não só como ferramenta de inclusão, mas como o meio de resgate dos interesses sociais, de modo a permitir o uso ampliado do direito em áreas estritamente voltadas para a ideia do coletivo, como ocorre nas relações de consumo,¹⁷ sendo desnecessárias excessivas tutelas de interesses individuais se o caso for facilmente resolvido por uma única ação representativa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

¹³ Idem. Ibidem, p. 100

¹⁴ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p.41.

¹⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 389.

¹⁶ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 330.

¹⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 388.

I.2 Segunda onda: tutelas metaindividuais

A ideia de bem-estar coletivo representa o objetivo do Estado Social, pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular deve o Estado utilizar de todos os meios possíveis para evitar o benefício individual em detrimento do dano coletivo, não existindo qualquer tolerância de dano coletivo em função do lucro individual.¹⁸

A sociedade, assim como o sujeito singular, pode e deve ser a parte autora em ação específica para solver qualquer dano proveniente de ato lesivo à coletividade. O objeto da ação será a representação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo sua finalidade a busca pela tutela jurisdicional do Estado para solução da lide instaurada e prolação da decisão mais justa ao caso concreto.

A tutela de interesses metaindividuais está relacionada com a realização dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹⁹ São chamados dessa forma por serem os interesses coletivos ou grupais, diferente do interesse individual não sendo restrito apenas a uma parte do processo, mas a todo um grupo de indivíduos identificáveis ou não,²⁰ beneficiários de algum modo, direta ou indiretamente, da decisão prolatada, com isso utilizando o Direito de forma ampla para solução do maior número de casos.

A primeira impressão causada pela tutela de interesses metaindividuais é a revolução do paradigma processual romano. O processo clássico é tripartido, composto por duas partes litigantes e um julgador representado na pessoa juiz, todo o procedimento voltado apenas para o julgamento da pretensão resistida apresentada ao Judiciário e a expedição de sentença com efeitos *inter partes*.²¹

Mauro Cappelletti retrata a segunda onda da seguinte forma:

Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do pro-

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.23.

¹⁹ Idem. Ibidem, p. 809.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1180.

²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, p. 43.

cesso civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira revolução está-se desenvolvendo dentro do processo civil.²²

Os Direitos pertencentes aos grupos e a toda coletividade são visivelmente incompatíveis com os meios de representação das tutelas individuais, por serem apresentadas como uma lesão de relevância social, muito embora o dano causado atinja a esfera pessoal, possuindo maior relevância a representação das tutelas de interesses metaindividuais e a composição do dano em nível coletivo.²³

O litisconsórcio não possui nenhuma relação com as tutelas de interesses metaindividuais, sendo um fenômeno autônomo, ocorrendo sempre quando dois ou mais indivíduos se encontram na mesma polaridade do processo, seja como autores (litisconsórcio ativo), seja como réus (litisconsórcio passivo) formando a possibilidade contemplada pelo Código de Processo Civil que permite a cumulação de sujeitos (cumulação subjetiva), desde que exista um mesmo dano e seja demonstrado interesse jurídico e não meramente econômico.²⁴

A revolução causada pela representação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos só se tornou possível pelo reconhecimento da coletivização do processo. O reconhecimento da ampliação da legitimidade *ad causam* ativa permitiu ao Poder Judiciário solucionar danos de âmbito coletivo, tornando possível a proteção de interesses que não podem ser individualizados ou divisíveis, em alguns casos, por pertencerem a todos.²⁵

O primeiro país a utilizar as tutelas metaindividuais para satisfazer os interesses de grupos de consumidores foi a Suécia pelo “Ombudsman”.²⁶ Os juristas suecos observaram a necessidade de unificação em uma única ação para tanto solver quanto para prevenir os possíveis danos contra os consumidores, por um mesmo fornecedor, para tanto observando o impacto positivo causado por esse tipo de tutela.

²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 49.

²³ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 68.

²⁴ Idem. Ibidem, p. 348.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.809.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988. p. 54.

O objetivo das tutelas de interesses metaindividuais não é somente exprimir a vontade da legislação vigente, mas permitir maior celeridade ao Judiciário para solver litígios de forma célere e econômica, de modo a maximizar a concretização dos escopos da jurisdição e para aplicar o direito de forma ampla e racional ao caso concreto.²⁷

A representação dos interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos apesar de gerarem economia e celeridade processuais não permite comprometer a segurança jurídica do julgado, pelo contrário, no julgamento das tutelas de interesses metaindividuais existe uma preocupação constante e mais ampla por parte do Judiciário em solver o litígio, visto que a decisão possuirá efeitos *erga omnes*.

O verdadeiro escopo da representação dos interesses metaindividuais está relacionado com o fator social, ao permitir a universalização de uma decisão para a esfera coletiva, ao repudiar a esfera unitária do processo e a inadequação da mesma pelas exigências tanto sociais quanto jurídicas causadas pela evolução da sociedade acompanhada pela mudança de entendimento no sistema jurídico.²⁸

O movimento pode ser visto como uma ampliação da assistência jurídica aos pobres da primeira onda renovatória, sendo que, de uma maneira simplificada, por uma única ação são representados os interesses dos grupos e da coletividade, possibilitando também o controle constitucional difuso pelo julgador *a quo* (juiz),²⁹ sem que haja necessidade de reexame pelas instâncias superiores.

O primeiro elemento necessário para caracterizar a reforma é saber que existem grupos legitimados para atuarem como representantes dos interesses metaindividuais,³⁰ sendo essencial existir a lesão causada e o interesse jurídico em reparar o dano para corroborar a pretensão da ação.³¹ O segundo momento está relacionado em permitir aos grupos privados se organizarem de modo a

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 362.

²⁸ Idem. Ibidem, p. 360.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 946.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 810-811.

possuírem legitimidade para propor a medida jurídica cabível para sanar os danos causados aos interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos³².

O Direito do Trabalho é o único que permite a um ente privado (sindicato) deliberar sobre os direitos da categoria,³³ mas não há qualquer representação da coletividade envolvendo relações de consumo, salvo, o Ministério Público, todavia, na maioria dos casos, este deixa de cumprir seu papel como principal guardião dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, contrariando a Constituição Federal (artigo 129, III), a legislação ordinária e sua própria lei orgânica.³⁴

A reforma ao acesso à Justiça obteve um grande avanço com os mecanismos de representação dos interesses metaindividuais, possibilitando proteção jurídica aos interesses relegados ao segundo plano. Medidas proporcionadas por essas tutelas conscientizaram os cidadãos de seus direitos, permitindo sua representação de modo mais amplo e racional.³⁵

A segunda onda de acesso à justiça é limitada por se restringir apenas na representação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não existindo qualquer preocupação em utilizar todos os meios jurídicos possíveis para prevenir futuras lesões, utilizando os dois primeiros movimentos renovatórios como “ferramentas” judiciais preventivas para as futuras disputas.

As limitações das duas renovatórias causaram o surgimento da terceira onda, cujo foco se encontra na representação dos interesses metaindividuais e garantia dos direitos fundamentais, permitindo ao direito criar todo um “aparato” judicial para coibir futuros litígios e preservar os bens jurídicos tutelados.³⁶

³² DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 349.

³³ SARAIVA, Renato. Direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 466.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1162.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 50.

³⁶ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 31.

I.3 Caso brasileiro, inclinação à primeira onda e suas consequências.

A Constituição de 1988 não somente modificou o regime político, mas também o sistema processual e, sobretudo, o direito material herdado dos antigos regimes. Para tanto, adotou uma postura tanto liberalista quanto intervencionista, característica do Estado de Direito. A mudança nas instituições afetou significativamente o Judiciário depois de 1988. O acesso à Justiça se tornou cláusula *pétrea* da Constituição, o que demonstra a obrigação do Estado brasileiro em prestar tanto o acesso à Justiça como participação no processo, o que caracteriza o princípio do *due process of Law*³⁷ oriundo do direito norte americano.

Humberto Theodoro Júnior trata da autonomia do direito de ação da seguinte forma:

O direito subjetivo, que o particular tem contra o Estado e que se exercita através da ação, não se vincula ao direito material da parte, pois não pressupõe que aquele que o maneje venha a ganhar a causa. Mesmo o que ao final do processo não demonstra ser titular do direito substancial que invocou para movimentar a máquina judicial, não deixa de ter exercido o direito de ação e de ter obtido a prestação jurisdicional, isto é, a definição estatal da vontade concreta da lei.³⁸

A ação é um direito subjetivo³⁹ consagrado pela Carta Magna, ninguém é obrigado a ajuizar ação, todavia, esta é o único remédio admitido pelo ordenamento para sanar eventuais danos ao direito do indivíduo, estando prevista expressamente na Constituição Brasileira, no artigo 5º, inciso XXXV, caracterizando a universalidade desse Direito.

Giuseppe Chiovenda, jurista italiano, explica ação como:

Poder jurídico de dar vida à condição para atuação da vontade da lei. Definição que bem examinada, coincide com as fontes: nihil aliud est actio quam ius persequendi iudicio

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 360.

³⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 56.

³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Bookseller, 2002, p. 20.

quod sibi debetur (IST. IV, 6, pr); em que é evidentís sima a contraposição do direito ao que nos é devido mediante o juízo (ius iudicio persequendi). A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua natureza é privada ou pública, consoante a vontade de lei, cuja atuação determina, seja de natureza pública ou privada.⁴⁰

No entender de Arruda Alvim, ação significa:

Direito constante da lei processual civil, cujo nascimento depende de manifestação de nossa vontade. Tem por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, visando, diante da hipótese fático-jurídica nela formulada, à aplicação da lei (material). Esta conceituação compreende tanto os casos referentes a interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.⁴¹(Grifo nosso)

Arelada à idéia de subjetividade, onde via de regra, o próprio Judiciário não poderá obrigar a parte a ajuizar ação para garantir seus próprios interesses particulares que foram violados, esta é a ideia da voluntariedade,⁴² a ação é um ato voluntário e para ser iniciada necessita de iniciativa da parte (CPC, artigo 262), entretanto, depois de proposta se torna um direito objetivo sujeita a penalidades de cunho processual como a revelia, preclusão e preempção.

O Direito e a ação são artefatos históricos evolutivos,⁴³ variam de acordo com a evolução da sociedade, é perfeitamente válido afirmar que no Brasil desde sua primeira Constituição da época imperial em 1824 até a atual de 1988 houve uma série de mutações dentro do aspecto social, englobando principalmente, os costumes, necessitando da modificação dos antigos paradigmas até então existentes e, conseqüentemente, gerando novos paradigmas.

⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Bookseller, 2002, p. 39.

⁴¹ ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil- Processo de Conhecimento. 9. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 2, p. 407.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 18.

⁴³ Idem. Ibidem, p. 21.

As mudanças necessariamente deverão ser acompanhadas de alterações dentro do sistema jurídico, caso contrário, o Direito se torna um objeto inútil, visto que, sua finalidade é prevenir antecipadamente situações que caracterizam a incidência das normas.⁴⁴ Sem sua característica preventiva o Direito não passaria de um conjunto de regras antiquadas, onde nem mesmo os princípios gerais e a analogia poderiam ser utilizados, causando uma espécie de caos social.

No Brasil, desde a instituição da garantia de acesso à Justiça, houve a predominância das tutelas individuais, demonstrando inclinação ao clássico processo civil romano, o que não é errado por condenar a autotutela e permitir que os mais pobres tenham acesso à justiça, caracterizando o pensamento jurídico da primeira onda renovatória.⁴⁵ Porém, as conseqüências geradas pela excessividade das tutelas individuais afetaram consideravelmente o sistema jurídico e, não eram eficientes para os novos ramos do Direito dos consumidores e o ambiental.

Primeiramente, é necessário afirmar que a excessividade das tutelas individuais gerou uma espécie de “congestionamento” na fase de instrução e julgamento dos processos ainda na primeira instância, mesmo havendo semelhanças na causa de pedir e sendo o mesmo requerido, deve o juiz julgar a que primeiro foi ajuizada para somente depois julgar a outra correndo o risco de dar ganho de causa para um e improcedência dos pedidos da outra, o que geraria a insegurança jurídica e a demora para apreciação das causas propostas, sem falar que essa forma de julgar poderia ferir o princípio da isonomia,⁴⁶ consagrado no artigo 5º da Constituição.

Os direitos dos consumidores e o direito de preservação ambiental, mesmo sendo direitos coletivos, ainda não possuem representação em nível de coletividade, porque não surgiu o pensamento de representação de grupos e da coletividade em geral, principalmente, com relação aos direitos do consumidor que na maioria das vezes não alcança seu objetivo,⁴⁷ sendo usado com mais pro-

⁴⁴ Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*. Leipzig- Viena, Deuticke, 1934 (trad. port. João Baptista Machado: *Teoria pura do direito*. 8. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009), p. 221.

⁴⁵ Cappelletti, Mauro; Garth, Bryan. *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective*. A general report. Milan- Dott. A. Giuffrè, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988 p.32.

⁴⁶ Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 592.

⁴⁷ Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179.

fundidade para uma maior ampliação da decisão judicial que irá sanar o dano causado não somente a um indivíduo, mas perante toda a coletividade.

O juiz, ao julgar um processo por vez e, sendo os fatos semelhantes, havendo também a mesma lesão ao direito não usa de “garantias” que não são vedadas pela Constituição, a sentença parâmetro e o controle constitucional difuso do juiz, em que pelo julgamento de uma ou mais ações o magistrado cria uma “jurisprudência” que será aplicada aos demais casos semelhantes como fórmula, devendo ser um modelo a ser seguido para julgar os demais casos semelhantes.

O Ministério Público, por outro lado, não utiliza a regra presente no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, o que lhe permite ajuizar uma ação representando os interesses dos grupos ou da coletividade, dificultando ainda mais a ampliação do uso do sistema jurídico e seu conseqüente uso racional.⁴⁸

A sucessividade das tutelas individuais acabou por gerar um movimento de jurisprudência defensiva no Supremo Tribunal Federal que por atribuição constitucional é o maior órgão julgador do sistema brasileiro, por meio da aplicação da jurisprudência defensiva, o processo não será conhecido pelo relator que poderá julgá-lo monocraticamente (CPC, artigo 557) inadmitindo-o e o caso não irá para julgamento no plenário.

A jurisprudência defensiva funciona como uma forma de obstáculo ao acesso à Justiça por não permitir a apreciação do caso pela instância suprema, mas sua intenção realmente é de diminuir o fluxo de processos na instância superior, a fim de evitar uma “sobrecarga” do sistema jurídico.

A tutela de interesses metaindividuais funciona de forma diferente, se observada, a presença dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos que representam os interesses dos grupos e da coletividade.⁴⁹ O que não pode ser impedida de apreciação no tribunal *ad quem* e não haverá qualquer impedimento de apreciação do caso e seu possível julgamento, portanto, gera maior segurança para apreciação na Corte Superior.

⁴⁸ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 32.

⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1162.

A tutela individual não representa um “mau uso” do Direito, nem jamais representará, mas por causa da excessividade desse tipo de tutela foram geradas conseqüências negativas, que afetaram tanto o acesso à Justiça como a duração regular do processo,⁵⁰ o que poderia ser ampliado e minimizado, respectivamente, com uma preocupação maior no ajuizamento das tutelas de interesses metaindividuais.

O objetivo da representação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é, somente, identificar os grupos destinatários das tutelas individuais, grupos esses compreendidos como detentores dos mesmos interesses jurídicos e, provavelmente, como os beneficiários diretos das medidas judiciais cabíveis⁵¹. O direito do consumidor é o melhor exemplo da utilização das tutelas metaindividuais para solver os litígios e, conseqüentemente, preencher os interesses das categorias de consumidores.

Mauro Cappelletti explica a terceira onda da seguinte forma:

O fato de reconhecermos a importância dessas reformas não deve impedir-nos de enxergar os seus limites. Sua preocupação é basicamente encontrar representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados. O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa terceira onda de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos enfoque de acesso à Justiça por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.⁵²

⁵⁰ DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 374.

⁵¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 387.

⁵² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffrè, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 67-68.

A terceira onda renovatória⁵³ busca justamente a conciliação entre novos movimentos como o direito do consumidor e os remédios jurídicos para solucionar os problemas ainda persistentes, contabilizando os grupos de consumidores como detentores de direitos homogêneos e fornecendo o justo remédio para resolver os eventuais litígios.

⁵³ Idem. Ibidem, p. 69.

POSSÍVEIS INCONGRUÊNCIAS ENTRE O DIREITO MATERIAL E O DIREITO PROCESSUAL

II.1 Interesses individuais homogêneos e seus remédios jurisdicionais

Os interesses metaindividuais, entendidos como os pertencentes aos grupos e toda a coletividade, necessitam de especial proteção, não podendo ser tratados como uma mera ação envolvendo dois indivíduos e o julgador, formando a lide tradicional do processo romano. O interesse em questão é muito mais abrangente do que o interesse *inter partes*,¹ havendo um dano aos interesses coletivos que deverá ser reparado a nível geral e não somente entre as partes que compõem a lide.

A representação, em única ação de toda a coletividade representa a superação do paradoxo² que somente as tutelas individuais, características do clássico sistema processual civilístico romano, são a única forma de acesso à jurisdição e, também, como única forma de resolução dos conflitos e satisfação de interesses.

Primordialmente é necessário dividir o gênero interesses metaindividuais em interesses coletivos e interesses difusos,³ suas espécies, visto que para defender tais interesses basta ficar demonstrado que um único dano ultrapassou a esfera individual, atingindo um grupo ou toda a sociedade, formando a homogeneidade dos direitos.

Marcelo Abelha diferencia os dois tipos de interesses da seguinte forma:

Interesse difuso é aquele interesse determinado, ontologicamente possui sentido público, não sendo exclusivo, portanto plural e interesse coletivo de modo ontológico é a representação dos interesses privados dentro de determi-

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 50.

² Idem. Ibidem, p. 59.

³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 49.

nada coletividade sendo fácil a identificação dos sujeitos que foram lesados, enquanto que pela heterogeneidade dos interesses difusos, se torna difícil identificar os sujeitos de interesses lesados.⁴

Sobre a diferença entre interesses difusos e coletivos, esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Com a expressão interesse difuso ou coletivo, constante do artigo 129, III, da Constituição, foram abrangidos os interesses públicos concernentes a grupos indeterminados de pessoas (interesse difuso) ou a toda a sociedade (interesse geral); a expressão interesse coletivo não está empregada, aí, em sentido restrito, para designar o interesse de uma coletividade de pessoas determinada, como ocorre com o mandado de segurança coletivo, mas em sentido amplo, como sinônimo de interesse público ou geral.⁵

José dos Santos Carvalho Filho também esclarece a diferença entre interesses difusos e coletivos:

Interesses difusos são os interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Interesses coletivos são os interesses transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base.⁶

José Geraldo Brito Filomeno conceitua e exemplifica a diferença entre interesses difusos e coletivos da seguinte forma:

Quanto aos primeiros, foram definidos como os que se apresentam transindividuais, de natureza indivisível e de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato. Como exemplos ocorrem-nos a publicidade enganosa, as condições gerais dos contratos de forma lesiva a um número indeterminado de consumidores, a segurança e saúde comprometida ou em perigo diante

⁴ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 350, 351.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.811.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1162.

de bens ou serviços perigosos e nocivos, sendo certo que, nessa hipótese, os mandamentos jurisdicionais serão preponderantemente voltados para obrigações de fazer ou não fazer, sobretudo diante da experiência aqui trazida à baila, bem como nas de qualidade e quantidade de bens e serviços. Quanto ao segundo, tratar-se-iam de interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os também transindividuais, de natureza igualmente indivisível, mas de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base. Destacam-se tais direitos e interesses, por conseguinte, dos chamados difusos, pois que pertencem a determinável número de pessoas, ou já determinadas, mas cujo conteúdo continua indivisível. É o caso, por exemplo, de todos os aderentes, concretamente considerados, de um plano de medicina em grupo (plano ou seguro de saúde) e submetidas a cláusulas padrões.⁷

Direitos individuais homogêneos, também integrantes do gênero interesses metaindividuais, significam os mesmos interesses juridicamente tutelados, é o conjunto de direitos que pertencem a um determinado grupo de pessoas e, por sua similitude geram uma mesma pretensão depois de ocorrido o dano.⁸ Vários sujeitos seriam legitimados a ajuizar uma determinada ação de indenização para solver o litígio e compor o prejuízo causado, mas com o avanço da representação dos interesses metaindividuais, apenas uma ação ajuizada é capaz de solver todo o problema.

José dos Santos Carvalho Filho conceitua interesses individuais homogêneos como:

Além dos interesses difusos e coletivos, o Código do Consumidor definiu uma terceira categoria de direitos- os interesses ou direitos individuais homogêneos- definidos na lei como aqueles que decorrem de origem comum. Esses direitos são marcadamente individuais, e o aspecto de grupo a eles relativo diz respeito apenas a uma associação de interesses com vistas a um mesmo fim. Não têm, portanto, o caráter transindividual dos interesses coletivos e difusos,

⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 425.

⁸ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 353.

nos quais o relevante é o agrupamento em si, e não os indivíduos que o compõem.⁹

A lei 7.347/85 introduziu a ação civil pública como meio processual utilizável para solução dos litígios, cujo objeto é a representação dos interesses metaindividuais, utilizando-se de um artifício que condiciona maior celeridade e tornando mais isonômica a decisão prolatada.

Celso Antônio Bandeira de Mello define ação civil pública como:

Instrumento utilizável, cautelarmente, para evitar danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico, ou, então para promover a responsabilidade de quem haja causado lesão a estes mesmos bens.¹⁰

A intenção do legislador ao criar a lei 7.347/85 foi permitir a representação de interesses que normalmente eram negligenciados ao segundo plano a partir das mudanças causadas pela evolução social, como o surgimento do interesse de preservação do meio ambiente (surgimento do Direito Ambiental), as lides envolvendo os consumidores, as relações entre as categorias de trabalhadores e os empregadores e até mesmo os danos causados ao patrimônio público, frutos da má administração do erário pelos seus administradores.¹¹

A representação dos interesses difusos não pode unicamente ser definida pela lei 7.347/85, também deve ser aplicada a regra dos artigos 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor que retratam a parte processual da referida Lei. Para a defesa dos interesses dos consumidores e da sociedade em geral¹² esta regra é pouco utilizada tanto no âmbito da justiça comum, quanto nos juizados especiais. Deveria servir como completo da lei de ação civil pública.

O Direito Brasileiro não pode admitir a autonomia de uma lei frente a todo o ordenamento jurídico, sem a interligação entre os dispositivos legais, que na verdade deveriam se complementar, tornando difícil prolatar uma decisão

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1162.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 946.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1160.

¹² FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 389.

mais abrangente e complexa, mas que ao mesmo tempo simplifique a prestação jurisdicional ao caso concreto,¹³ satisfazendo a pretensão coletiva.

Sobre a natureza da ação civil pública, entende José dos Santos Carvalho Filho:

Possui a mesma natureza da ação, mas de rito especial e preordenado à tutela específica. Por outro lado, ao contrário do que ocorre com os demais tipos de ações, não se trata de meio específico e exclusivo de controle da Administração, já que pode ser intentada contra qualquer pessoa pública ou privada. Entretanto, pela peculiaridade dos bens tutelados é conveniente deixar assentados os seus contornos principais.¹⁴

Ação civil pública pela análise da Lei 7.347/85 possui natureza dúplice,¹⁵ num primeiro momento, é uma ação destinada a uma demanda coletiva e no outro funciona como um conjunto de regras de natureza processual destinadas a compor o processo coletivo. A Lei da ação civil pública estabelece que além das hipóteses de cabimento da referida ação, determina como se processará e quem está legitimado a ajuizar tal remédio.

A constitucionalização do processo,¹⁶ fator marcante após a entrada em vigor da Constituição de 1988, também foi um fator fundamental para a consolidação da ação civil pública como ferramenta para solução dos litígios envolvendo interesses metaindividuais, devido ao fato de convergir os princípios constitucionais consagrados pelo Estado Democrático de Direito ao processo tipicamente civilista pertencente ao direito privado.

Os princípios consagrados pelo artigo 5º da Carta Magna, a exemplo do devido processo legal e dignidade da pessoa humana¹⁷ são fundamentais para o ajuizamento da ação civil pública, numa tentativa não só de solver, mas também de preservar todo e qualquer dano relativo aos interesses da coletividade e, prevenir futuras lesões aos interesses metaindividuais.

¹³ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 36.

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1160.

¹⁵ Idem. Ibidem, p. 1161.

¹⁶ DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 172.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 594.

A ação civil pública possui o escopo de resgatar os interesses sociais.¹⁸ Tais interesses representam uma evolução do pensamento liberal predominante no Código de Processo Civil. É importante salientar que, o referido código foi criado como fruto do pensamento liberal e em oposição à ação civil pública não admitindo tal pensamento liberalista, devendo ser enquadrada dentro do pensamento intervencionista do Estado de Direito que restringe o liberalismo.

Importa mencionar que a ação civil pública é utilizável tanto nos ramos de Direito Privado quanto em Direito Público, não havendo diferenciação quanto ao ramo, seja ele tipicamente público, igual ao Direito Administrativo ou exclusivamente privado como o Direito do Consumidor, bastando apenas uma ameaça de lesão aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que tornará possível o ajuizamento da ação civil pública.¹⁹

O Estado possui por escopo garantir os direitos da coletividade, a ação é o meio pelo qual se busca a efetiva tutela jurisdicional,²⁰ em qualquer sociedade racional deve o Estado proporcionar meios de acesso e participação no processo de apreciação da lide.²¹ Todavia, após o ajuizamento da ação, o processo girará em torno da efetividade, tornando a tutela buscada imediata e eficaz observando que é importante não somente a entrada, mas também a resolução do conflito em tempo razoável, utilizando a justiça como ferramenta de pacificação social.²²

A Constituição Federal utiliza claramente utiliza os termos defesa da ordem jurídica e interesses sociais e individuais indisponíveis,²³ o que caracteriza a legitimação e autorização constitucionais para que o *Parquet* atue como autor na ação civil pública, ainda assim, também na legislação infraconstitucional há legitimação do referido órgão para atuar como protagonista da ação.

O inciso I do artigo 5º da lei 7.347/85 e artigo 82 do Código de defesa do Consumidor, legitimam o Ministério Público para ajuizar a ação civil pública, logicamente o *Parquet* não é o único legitimado, mas é o principal titular responsável para o ajuizamento da ação, inclusive a própria lei orgânica do Ministério

¹⁸ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 347.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 812.

²⁰ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p.21.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 319.

²² Idem. Ibidem, p. 188-189.

²³ MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 632-633.

Público atribui ao promotor de justiça a competência e legitimidade para ajuizar ação civil pública.

O Ministério Público além de parte também pode atuar como *custus legis* (fiscal da lei),²⁴ uma vez que a ação coletiva já tenha sido ajuizada, por outro ente autorizado a ser autor da ação civil pública, sendo que a representação é mais ampla do que na ação convencional (tutela individual). O Ministério Público ou outro ente representarão o interesse de toda a coletividade que outrora sofrera o dano.

A Lei 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor também indicam o rol dos legitimados a figurar como autores da ação civil pública. O rol é taxativo (*numerus clausus*), envolvendo também a defensoria pública, entes da administração direta e indireta, associações civis, sindicatos e partidos políticos.²⁵

Na Lei 7.347/85 e no Código de Defesa do Consumidor não há qualquer menção quanto à legitimidade para ser sujeito passivo. A passividade deve ser de todo aquele que ameace e efetivamente cause um dano aos interesses metaindividuais, podendo ser uma pessoa jurídica ou até mesmo uma pessoa física poderá estar na polaridade passiva da ação civil pública como, por exemplo, nos casos de má administração dos recursos públicos.²⁶

A ação civil pública, em regra, segue o procedimento comum ordinário, percorrendo todo o caminho da ação até o momento de ser prolatada a sentença, mas as principais diferenças em relação à ação individual são o âmbito de representação dos interesses envolvidos e o nível de proteção da prestação jurisdicional.²⁷

Na defesa dos interesses metaindividuais é plenamente possível a formação de litisconsórcios²⁸ ativos e passivos, principalmente, entre os Ministérios Públicos Federais e Estaduais e no caso do réu, qualquer que tenha ameaçado

²⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, p. 157.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 946.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1164.

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1163.

²⁸ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 372- 373.

algum direito ou causado algum dano, podendo ser mais de um sujeito, sendo possível até mesmo uma pessoa física e outra jurídica.²⁹

As formalidades são essenciais dentro da ação civil pública, como toda ação, esta também possui aspectos formais que, ao não serem observados, poderão acarretar a inépcia da inicial, muito embora a ação civil pública tenha certa especialidade não existem garantias de proteção contra penalidades processuais como litispendência, preclusão e revelia.³⁰

O ajuizamento da ação civil pública pode ser precedido do inquérito civil. Este é um instrumento não jurisdicional de cunho administrativo, introduzido pela Lei 7.347/85, admitindo aplicação subsidiária do artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor e, contemplado pela lei orgânica do Ministério Público (Lei 8.635/93).

O inquérito civil possui a mesma natureza inquisitiva do inquérito policial³¹ que é a busca dos fatos para apuração e investigação. O inquérito civil busca juntar todos os elementos causadores da ameaça ou lesão e levá-los ao conhecimento do representante junto ao Ministério Público, para que seja ajuizada a ação civil pública e sanar qualquer ameaça ou lesão a qualquer direito.³² A exposição dos fatos e sua profunda investigação permitem uma facilidade maior ao Ministério Público para representação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O inquérito civil não é obrigatório,³³ nem é indispensável para a propositura da ação civil pública, basta apenas o livre convencimento do Ministério Público que já se torna possível o ajuizamento da ação. A competência para realizar o inquérito civil é privativa do Ministério Público³⁴ não sendo objeto de delegação para outros órgãos, é um procedimento vinculado não admitindo forma discricionária,³⁵ sendo estritamente vinculado ao texto legal. Havendo alguma

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1161.

³⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, p. 315-316.

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1161.

³² Idem. Ibidem, p. 1166.

³³ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 383-384.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 812.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 947.

irregularidade quanto a observância de sua forma legal, deverá esta ser anulada pelo próprio Ministério Público, de forma administrativa.

A forma admitida para o inquérito civil é quase a mesma presente no inquérito policial e o inquérito administrativo, havendo a designação de um promotor de justiça responsável por presidir o inquérito, cabendo a este realizar uma série de perguntas relativas à ameaça ou lesão do direito para aquele que estiver sendo interrogado. Qualquer pessoa poderá ser interrogada,³⁶ mas logicamente este deverá ter algum conhecimento sobre os fatos, após a realização do inquérito, este será juntado com a petição inicial.

O procedimento da ação civil pública, havendo ou não inquérito civil, é iniciado pelo ajuizamento da petição inicial. Esta seguirá o molde do artigo 282 do Código de Processo Civil, relatando os fatos, os fundamentos e o pedido. A aplicação do Código de Processo Civil deve ocorrer sempre de maneira subsidiária,³⁷ desde que, não afronte o disposto no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 7.347/85.

A instrução do processo envolvendo a ação civil pública admite todos os meios probatórios permitidos pelo Direito,³⁸ como a prova testemunhal, prova documental e prova pericial que nada mais servem do que ferramentas de comprovação da materialidade e veracidade dos fatos ocorridos que geraram a ameaça ou o dano. Na mesma fase de instrução, as partes não possuem apenas o sistema dispositivo,³⁹ em que somente os interessados se movimentam para produzir provas, devendo o juiz utilizar o princípio do inquisitivo para sair da inércia e se movimentar para consolidar seu convencimento.

No julgamento da ação civil pública há uma participação mais efetiva do juiz no desenvolver do processo,⁴⁰ deixando para trás a impressão causada pelo direito romano, onde o juiz é um ser estático que só se movimenta após sua provocação através da inércia, sendo então visualizado como uma figura longínqua cuja única função é prolatar uma decisão, não podendo ter qualquer ação investigativa que consubstancie seu convencimento.

³⁶ Idem. Ibidem, p. 946.

³⁷ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 339.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 814.

³⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 436.

⁴⁰ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 382.

Sindicatos e associações civis também podem ser titulares da ação civil pública conforme disposição no artigo 8º, inciso III da Carta Magna. As associações são todas as aglomerações de pessoas reunidas por um interesse em comum formando uma pessoa jurídica, com registro civil realizado no cartório de registro público de pessoas jurídicas.⁴¹

Os sindicatos por sua vez são pessoas jurídicas com registro no Ministério do Trabalho e Emprego que buscam representar determinada categoria econômica, profissional ou profissional diferenciada podendo ter âmbito municipal, intermunicipal, estadual, interestadual ou nacional de acordo com a representatividade exigida da categoria,⁴² valendo mencionar que no Brasil impera o princípio da unicidade sindical, não se admitindo mais de um sindicato representativo da mesma categoria na mesma base territorial.

Renato Saraiva descreve o sindicato como:

Associação de pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividade profissional, econômica ou profissional diferenciada, para a defesa dos **direitos coletivos** ou individuais **da categoria**, inclusive em questões judiciais ou administrativas.⁴³ (Grifo nosso)

Associações e os sindicatos possuem restrições sobre a matéria objeto da ação civil pública, diferentemente do Ministério Público e Defensoria Pública, por exemplo, que podem ajuizar a ação sobre qualquer matéria desde que haja dano coletivo.

As associações só podem ajuizar ação civil pública quando houver ameaça ou lesão ao interesses de seus associados, o mesmo podendo dizer para os sindicatos, que agem somente em defesa da categoria seja de filiados ou não filiados. Para ambos os casos há uma restrição temática⁴⁴ para validar o ajuizamento da ação civil pública, sendo estas as únicas exceções presentes no rol.

O artigo 12 da Lei 7.347/85 estabelece que o juiz competente para julgar a lide pode conceder mandado liminar, com ou sem justificativa prévia, dependendo apenas de seu entendimento, mas a lei se omite em afirmar se é uma tute-

⁴¹ SARAIVA, Renato. Direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 461.

⁴² Idem. Ibidem, p. 463.

⁴³ SARAIVA, Renato. Direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 465.

⁴⁴ Idem. Ibidem, p. 466.

la cautelar ou antecipação de tutela, devendo as doutrinas jurídicas determinar essa diferença.

Ação Cautelar para Humberto Theodoro consiste:

No direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil.⁴⁵

As tutelas cautelares são plenamente possíveis dentro do procedimento da ação civil pública, pode a cautelar ser incidental ou preparatória, de acordo com sua propositura antes ou depois da ação principal. A medida acautelatória seguirá o rito estabelecido no Código de Processo Civil, necessariamente requerendo a existência do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.⁴⁶ A medida cautelar é de suma importância, visto sua função de assegurar a prestação jurisdicional, evitando com isso que haja qualquer prejuízo irreparável, podendo ser revogada apenas pelo julgamento do processo principal.⁴⁷

A antecipação de tutela é um adiantamento do objeto da demanda ou dos efeitos da sentença, concedendo o objeto do pedido.⁴⁸ A antecipação de tutela é provisória, garantindo assim a execução provisória do julgado e fazendo com que seja antecipada a pretensão do autor, o que não ocorre com a cautelar que visa apenas resguardar um direito, afim de não permitir o perecimento do objeto.

Humberto Theodoro diferencia antecipação de tutela de tutela cautelar da seguinte forma:

Tanto a medida cautelar propriamente dita (objeto de ação cautelar) como a medida antecipatória (objeto de liminar na própria ação principal) representam providências, de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. O que, todavia, as distingue, em substância, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tu-

⁴⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, p. 549.

⁴⁶ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 388.

⁴⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, p. 376.

⁴⁸ ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil- Processo de Conhecimento. 9. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 2, p. 410.

tela antecipatória realiza de imediato a pretensão. Urge, pois, não confundir o regime legal das medidas cautelares (sempre não satisfativas) com as medidas liminares de antecipação de tutela de caráter satisfativo provisório, por expressa autorização da lei. Embora haja tecnicamente uma nítida separação entre medida cautelar e medida de prevenção, sendo, às vezes, do ponto de vista prático, difícil identificar a medida concreta como pertencente a esta ou àquela modalidade preventiva.⁴⁹

A litigância de má-fé,⁵⁰ descrita no artigo 14 e seguintes do Código de Processo Civil, é caracterizada como uma aberração de cunho processual que atinge diretamente os princípios da lealdade e boa-fé processuais. É possível haver simulação de dano ocorrido em âmbito da coletividade com a finalidade de prejudicar economicamente determinado grupo. Há uma punição descrita no próprio Código de Processo Civil que sujeita a parte de má-fé ao pagamento de multa no valor do décuplo das custas processuais, visto que, o ato representa uma forma de atentado ao sistema processual.

As custas processuais representam a contraprestação pela prestação jurisdicional, obrigatoriamente pagas para manutenção do Poder Judiciário,⁵¹ seguindo a regra do processo civil em que a parte vencida deverá arcar com as custas, sendo que a parte autora só pagará honorários, inclusive os de sucumbência se agir de má-fé.

A isenção de custas alcança tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública e entes da administração pública direta e indireta por serem entidades integrantes do Poder Público sendo beneficiadas pela isenção prevista em lei, com relação aos demais grupos não há possibilidade de isenção nem de dispensa das custas nos termos da Lei 1.060/50, que só admite dispensa para a parte que for hipossuficiente.

O Judiciário conta com vários meios de punir quem ameaçar ou lesionar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, podendo condenar a parte ao pagamento de multa de caráter punitivo ou ao pagamento de indenização proporcional ao prejuízo causado.⁵²

⁴⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, p. 373.

⁵⁰ Idem. Ibidem, p. 316-317.

⁵¹ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 21.

⁵² FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 421.

O réu caso não esteja satisfeito pode recorrer da decisão, já que os recursos são plenamente admitidos pelo ordenamento jurídico dentro do rito da ação civil pública seguindo o princípio do duplo grau de jurisdição, abrangendo todos os recursos admitidos pelo Código de Processo civil.

Recurso possui natureza jurídica de continuação do direito de ação,⁵³ sendo também um direito subjetivo conferido à parte que se sentir insatisfeita pela decisão de 1º grau. Por regra, para o rito da ação civil pública só será conferido o efeito meramente devolutivo⁵⁴ não impedindo a execução provisória da sentença do juízo *a quo*, mas excepcionalmente o juiz pode conferir efeito suspensivo ao recurso, mas se este ficar silente se aplica a regra do efeito meramente devolutivo.

A coisa julgada (*res judicata*) representa o julgamento já realizado do bem juridicamente protegido, o que torna impossível o ajuizamento de uma nova ação versando sobre o mesmo objeto, mas é possível a desconstituição da coisa julgada utilizando a ação rescisória⁵⁵ prevista pelo artigo 485 do Código de Processo Civil, basta que haja a existência de uma situação prevista no rol do referido artigo, sendo *numerus clausus*, havendo prazo decadencial de dois anos para intimação da outra parte para desconstituir a coisa julgada e proceder a um novo julgamento da lide.

O Código de Defesa do Consumidor, apesar de prever no artigo 81 sobre a possibilidade de existir danos coletivos e a solução por meio da ação civil pública, é perceptível que o instrumento ainda não é utilizado “habitualmente” para solver os danos causados a determinados grupos de consumidores ainda imperando as tutelas individuais⁵⁶ o que dificulta o julgamento de várias tutelas referentes ao mesmo sujeito passivo com as mesmas causas de pedir, caracterizando os direitos homogêneos, demorando a satisfazer os interesses lesados e não dando uma efetividade ao devido processo legal.

⁵³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, p. 565.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.814.

⁵⁵ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 392.

⁵⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 403.

II.2 Incongruência entre os direitos difusos e coletivos do consumidor e o sistema processual da lei 9.999/85.

A relação de consumo necessariamente é composta pelo consumidor, sendo o detentor do interesse na prestação de serviço ou aquisição de produtos e pelo fornecedor, sendo o sujeito responsável pela prestação de serviços ou aquele que exerce atividade econômica cujo fim seja a comercialização direta de determinado produto.⁵⁷

Plácido e Silva define fornecedor como:

Proveniente do francês *fournir* (fornecer, prover), de que se compôs *fournisseur* (fornecedor), entende-se todo comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece habitualmente uma casa ou outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessárias ao seu consumo.⁵⁸

Fábio Konder Comparato define consumidor como:

O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. É claro que todo produtor, em maior ou menor medida, depende, por sua vez, de outros empresários, como fornecedores de insumos ou financiadores, p.ex., para exercer a sua atividade produtiva; e, nesse sentido, é também consumidor. Quando se fala, no entanto, em proteção ao consumidor quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria.⁵⁹

O exemplo a ser abordado por este estudo será a relação entre os consumidores (segurados) e os planos de saúde fornecidos pelas operadoras, a relação formada por estes sujeitos configura uma relação de consumo,⁶⁰ por estar presente o interesse na prestação de um serviço com o fim de gerar alguma segu-

⁵⁷ Idem. Ibidem, p. 426.

⁵⁸ SILVA, Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1, p. 138.

⁵⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Ed. RT, n. 15/16, vol. 13, p.90-91.

⁶⁰ GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 31, p. 98.

rança ao beneficiário contra eventuais riscos a sua saúde ou integridade física,⁶¹ devendo esta relação ser disciplinada sob as normas do Código de Defesa do Consumidor.

A formação do contrato de plano de saúde depende do acordo de vontades, pela assinatura do contrato de seguro e prestação de serviços fica o segurado obrigado pagar o plano e a seguradora a garantir todos os meios para solver a enfermidade ou dano causado ao consumidor, mas é necessária a ocorrência do elemento risco,⁶² materializado no sinistro para validar a prestação dos serviços.

Pablo Stolze Gagliano define contrato como:

Negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.⁶³

O plano de saúde é um contrato de seguro, sendo bilateral, uma vez que estabelece ônus para os contratantes, obrigando o beneficiário ao pagamento da parcela contratual estabelecida, independente da ocorrência ou não do sinistro, funcionando o plano de saúde como uma segurança para um evento futuro e incerto, onde serão disponibilizadas todas e quaisquer medidas dentro da área de cobertura para a mais célere recuperação do segurado.

Por contrato de seguro, também entende Pablo Stolze Gagliano:

Negócio jurídico por meio do qual, mediante o pagamento de um prêmio, o segurado, visando a tutelar interesse legítimo, assegura o direito a ser indenizado pelo segurador em caso de consumação de riscos predeterminados.⁶⁴

Aurisvaldo Sampaio define melhor o contrato de plano de saúde como sendo:

Aquele por meio do qual uma das partes, a operadora, obriga-se diante da outra, o consumidor, a proporcionar a

⁶¹ SAMPAIO, Aurisvaldo. Contratos de planos de saúde. São Paulo: RT, 2010. v. 40, p. 189.

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. III, p. 504.

⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 3. ed. São Paulo:

Saraiva, 2007. v. IV. t. 2, p. 455.

⁶⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV. t. 2, p. 456.

cobertura dos riscos de assistência à sua saúde, mediante a prestação de serviços médico-hospitalares e/ou odontológicos em rede própria, reembolso de despesas efetuadas, ou pagamento direto ao prestador de serviços.⁶⁵

A problemática envolvendo os planos de saúde se encontra nas questões em que mesmo o beneficiário pagando normalmente as parcelas e ocorrendo o evento classificado como sinistro previsto dentro do contrato, o segurado ao buscar o estabelecimento médico, acaba por descobrir que não há convênio com a seguradora ou, a fornecedora se recusa a prestar o serviço alegando que o fato não se encontra na área de cobertura do plano,⁶⁶ o que permitirá ao titular duas escolhas: pagamento do tratamento em hospitais de redes particulares ou recorrer aos hospitais públicos.

O beneficiário normalmente não terá condições de pagar pelo tratamento, observado que contratou um plano de saúde justamente para garantir alguma segurança de tratamento⁶⁷ e evitar o pagamento dos altos custos cobrados pelas redes hospitalares tornando-se preferível evitar recorrer aos hospitais públicos para tratamento observados a superlotação, ineficácia e as péssimas condições de higiene característicos desses ambientes, fatos que desiludem qualquer interessado em contratar com as operadoras de planos de saúde.

A matéria já foi objeto de várias ações cautelares visando obter autorização judicial para internação imediata do indivíduo que está sujeito ao agravamento de sua enfermidade que conseqüentemente poderá levá-lo ao óbito, sendo o objeto dessa ação a busca da preservação da vida humana, talvez sendo este o mais importante bem jurídico tutelado pelo direito.

Torna-se importante que haja intervenção do poder Judiciário para que a vida seja preservada e seja respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana.⁶⁸

Na prática, em alguns casos, a decisão judicial pode ser demorada, dependendo do grau do dano sobre a pessoa do interessado. Este não resiste ao agravamento de sua enfermidade e conseqüentemente ocorre o óbito, o que é

⁶⁵ SAMPAIO, Aurisvaldo. Contratos de planos de saúde. São Paulo: RT, 2010. v. 40, p. 187.

⁶⁶ GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 31, p. 119.

⁶⁷ Idem. Ibidem, p. 114.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349.

inconcebível para o direito, visto que, este perdeu seu papel preventivo e não cumpriu seus escopos;⁶⁹ e ainda restou a inconformidade da família do *de cujus* com a justiça, pois não houve sequer a apreciação da medida emergencial cautelar para assegurar o pedido principal e a ação ainda perdeu seu objeto.

O Brasil, diferentemente da Suécia,⁷⁰ não criou um tribunal exclusivo para as lides envolvendo fornecedores e consumidores. Para facilitar o acesso a uma decisão judicial foram criados para pequenas lides por assim se referirem aquelas cujo montante não ultrapasse o valor de 40 (quarenta) salários mínimos os juizados especiais civis pela lei 9.099/95, formados por um juiz de direito togado e um órgão recursal formado por três juízes.

A intenção do legislador inicialmente era solver todas as lides envolvendo fornecedores e consumidores, envolvendo questões meramente patrimoniais.

Nesse contexto, é perceptível a incongruência entre o Código de Defesa do Consumidor e a lei dos juizados especiais (Lei 9.099/95). O artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de defesa dos interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos,⁷¹ quando o dano atinge um número indefinido de pessoas, mas na lei 9.099/95 que é uma lei tipicamente processual dos juizados especiais, nada prevê sobre o julgamento de ações coletivas, até porque, a ação civil pública segue o rito comum ordinário da justiça comum em princípio,⁷² estando fora da competência dos juizados especiais.

A incongruência também é reforçada por constituir o Código de Defesa do Consumidor, juntamente com a Lei 7.347/85 e o Código de Processo Civil, de forma residual e complementar, em um manual⁷³ de como se utilizar a ação civil pública para a defesa dos consumidores, seja para defesa de interesses coletivos ou difusos, mas estes não são aplicáveis para defesa da sociedade em geral, principalmente para defesa dos segurados contra os abusos das seguradoras de planos de saúde, devendo aquele que se sentir prejudicado ingressar de modo

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179.

⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 54.

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1161.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 812.

⁷³ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 330.

avulso e individualmente nos juizados especiais para receber de volta seus investimentos e eventuais danos morais.

A defesa dos interesses metaindividuais dentro dos juizados especiais seria interessante e representaria um avanço dentro do sistema jurídico, visto que, através de uma só ação seriam solucionados os problemas existentes envolvendo as seguradoras de planos de saúde e os titulares dos planos de uma maneira mais célere, típica dos juizados especiais, sendo que através de uma sentença parâmetro representante dos interesses difusos e coletivos, os eventuais conflitos futuros de pronto já seriam analisados com base em uma só decisão, evitando com isso a incerteza dos julgados e trazendo segurança jurídica para as partes lesadas.

As decisões proferidas em ações metaindividuais não podem regressar ao passado pelo princípio da irretroatividade das decisões judiciais, possuindo efeito *ex tunc*,⁷⁴ observado a decisão não poderia voltar ao passado para sanar um bem jurídico já perdido, a decisão da ação civil pública só valeria para as ações individuais em curso ou para as futuras, não podendo nada ser feito para aqueles segurados que foram lesados no passado ou para a família dos titulares que morreram por conta da falta de atendimento, porém, demonstrada a culpa da prestadora, pode a família demandar indenização.

O julgamento de uma ação civil pública envolvendo a problemática dos planos de saúde seria muito importante para os segurados,⁷⁵ não somente por facilitar o trabalho do Judiciário no julgamento da lide resolvendo o mérito da questão com maior celeridade, mas também, prevenindo futuros conflitos e assegurando os escopos da jurisdição⁷⁶ de promover justiça social, cumprir a vontade da lei e, sobretudo de pacificação dos conflitos existentes no meio social com uma eficiência maior do que a apresentada pelas tutelas individuais tradicionais introduzidas e contempladas pelo processo civil e, por fim demonstrando que há uma preocupação dos órgãos públicos em fazer um resgate social e proteger os consumidores.

⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1165.

⁷⁵ GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 31, p. 86.

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177.

TUTELAS DE INTERESSES METAINDIVIDUAIS COMO USO RACIONAL DO SISTEMA JURÍDICO

III.1 Controle de constitucionalidade difuso e garantia dos princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e outros princípios

A defesa dos interesses metaindividuais como gênero, de onde se subdividem como espécies interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, representa muito mais do que realizar o resgate social de interesses que há muito foram suprimidos e até mesmo negligenciados pelo Estado, representam a utilização do poder jurisdicional do Estado para consolidar os princípios constitucionais que moldam a estrutura da sociedade e também assegurar que seja realizado o controle de constitucionalidade, função esta inerente a todos os órgãos do Judiciário para determinar se uma lei é explicitamente inconstitucional.¹

O controle de constitucionalidade é ferramenta imprescindível para qualquer Estado democrático, sendo prévio (preventivo) ou posterior (repressivo). Sua função é apenas de garantir a efetiva retirada de leis que atinjam diretamente os princípios consagrados pela Constituição, devendo tal lei ser banida do ordenamento jurídico para garantir a integridade da Lei Maior.²

O controle de constitucionalidade se fundamenta em duas égides: garantir a supremacia da Constituição tanto no sentido formal quanto material e rigidez de suas normas aprovadas pelo devido processo legislativo,³ não incidindo somente sobre lei em sentido restrito, mas sobre qualquer ato que ofenda a integridade da Constituição.

¹ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116.

² DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 222.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1170.

Alexandre de Moraes esclarece controle de constitucionalidade da seguinte maneira:

Significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais. Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais (bloco de constitucionalidade).⁴

Luís Roberto Barroso analisa o controle de constitucionalidade da seguinte forma:

O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de forma harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia.⁵

O controle de constitucionalidade pode ser dividido em controle preventivo e repressivo, no entanto, ao Judiciário só interessa o segundo visto que o primeiro só pode ser exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo antes da aprovação da eventual lei que lesione a Constituição. A idéia do controle realizado pelo Judiciário representa a preocupação do Poder que, em primeiro plano, deveria somente aplicar a lei ao caso sem questionar, mas existindo qualquer violação que afronte a Lei Maior total ou parcialmente deve ser decretada inconstitucional no todo ou em parte⁶ por aquele responsável pela adequação da lei ao caso concreto.

⁴ MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 712.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 23.

⁶ DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 227.

O controle de constitucionalidade incidental pode ser concentrado ou difuso, sendo responsável pelo primeiro o colendo Supremo Tribunal Federal, enquanto o segundo meio de controle pode ser realizado por qualquer magistrado da Justiça comum ou especial, dependendo de sua competência para julgar o feito.⁷ O controle difuso foi inspirado no modelo norte-americano, devendo cada juiz ser o responsável pela constitucionalidade de sua decisão, ficando os fatos mais controversos de inconstitucionalidade para serem discutidos nas cortes superiores.

Pedro Lenza explica o controle de constitucionalidade difuso como sendo:

Repressivo, ou posterior, é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Quando dizemos qualquer juízo ou tribunal, devem ser observadas, é claro, as regras de competência processual, a serem estudadas no processo civil. O controle difuso verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente antes do exame do mérito. Pede-se algo em juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual.⁸

Luís Roberto Barroso também explica o controle de constitucionalidade difuso como:

O controle incidental de constitucionalidade é um controle exercido de modo difuso, cabendo a todos os órgãos judiciais indistintamente, tanto de primeiro como de segundo grau, bem como aos tribunais superiores. Por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhe são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição. Já não se discute mais, nem em doutrina nem na jurisprudência, acerca da plena

⁷ Idem. Ibidem, p. 229.

⁸ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178-179.

legitimidade do reconhecimento da inconstitucionalidade por juiz de primeiro grau, seja estadual ou federal.⁹

André Del Negri comenta sobre controle de constitucional difuso da seguinte forma:

Estamos convencidos de que o controle de constitucionalidade difuso, no Brasil, existe porque está autorizado pelo art. 5º, XXXV, da CB/88, uma vez que não sendo país de Constituição costumeira, não construímos a temática do controle difuso sobre o instituto do precedente, como nos EUA (*Marbury vs. Madison*). Assim, nós, brasileiros, não podemos nos beneficiar do produto desse exemplo norte-americano, pois a Constituição Brasileira de 1988 assegura formal, declarada e literalmente a possibilidade de todos, em qualquer procedimento, discutir a constitucionalidade das leis, por meio de procedimentos como o mandado de segurança, habeas corpus, contestação e recursos, ao contrário da Constituição norte-americana, que não apresenta um artigo taxativo que disponha sobre o controle de constitucionalidade.¹⁰

O controle difuso é limitado pelo âmbito *inter partes*,¹¹ sendo que o efeito *erga omnes* só pode ser alcançado no controle concentrado, mas mesmo com essa limitação já fica consubstanciado o entendimento do magistrado de que há uma imperfeição na lei ou ato administrativo podendo haver aderência ao seu entendimento nas esferas superiores e, será então preservada a integridade da Constituição Federal, todavia com ações representando os interesses metaindividuais já possuem efeito *erga omnes* imediato após sua pronúncia pelo magistrado, sendo essa ação mais profunda que a simples ação individual.

Clèmerson Clève trata dos meios utilizáveis para realização do controle de constitucionalidade difuso da seguinte forma:

Não há dúvida de que a questão constitucional pode ser deduzida nas ações constitucionais, inclusive no mandado de segurança, no habeas corpus, no habeas data, podendo

⁹ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116-117.

¹⁰ DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional, p. 229.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 122.

também ser suscitada na ação civil pública e na ação popular.¹² (Grifo nosso)

Na defesa dos interesses difusos e coletivos, o controle difuso atuaria como uma vantagem aos consumidores, sendo que toda e qualquer inconstitucionalidade visualizada pelo julgador, no caso concreto, de pronto já seria afastada de seu âmbito de incidência, permitindo a manutenção da ordem jurídica e a solução do litígio, sendo utilizada uma garantia prevista ao Poder Judiciário que escassamente é utilizada na defesa dos interesses metaindividuais¹³.

O julgamento das ações de interesses metaindividuais ao permitir o controle constitucional difuso do juiz, não estabelece nenhuma restrição temática para o juiz singular, desde que a matéria esteja dentro de sua competência para julgar.¹⁴

Hoje há uma tendência a todo órgão do Judiciário realizar o controle de constitucionalidade e não somente o Supremo Tribunal Federal por atribuição do artigo 102 da Constituição Federal (controle concentrado), permitindo ao juiz declarar qual lei ou ato normativo está ferindo a integridade da Constituição e cessando sua lesividade aos interesses coletivos.

O julgamento das tutelas de interesses metaindividuais também conduz ao princípio constitucional da isonomia,¹⁵ presente no artigo 5º, *caput* da Carta da República de 1988, isonomia esta consubstanciada numa decisão equânime para todos os consumidores lesados pelas operadoras de planos de saúde. A isonomia garante a democratização do processo a ponto de ao menos minimizar as desigualdades existentes entre várias decisões para cada caso concreto.

A evolução social e suas conseqüentes mutações permitiram uma mudança no conceito de isonomia, esta agora deve levar em conta as diferenças existentes entre os indivíduos e processualmente deverá ser prolatada uma única decisão mais justa para os grupos ou a coletividade ali representados, desse modo foi introduzida a idéia de coletivização do processo.¹⁶

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 78.

¹³ SAMPAIO, Aurisvaldo. Contratos de planos de saúde. São Paulo: RT, 2010. v. 40, p. 142-143.

¹⁴ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 181.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1550.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 592.

O embate litigioso entre consumidores e fornecedores, necessita de uma resposta adequada por parte do Judiciário,¹⁷ simplesmente por meio de uma única decisão prolatada, mas com eficácia *erga omnes*, sendo resolvidos todos os litígios envolvendo os consumidores e as operadoras de planos de saúde, ressalvadas todas as peculiaridades de cada caso.

Surge também a questão da dignidade da pessoa humana¹⁸ presente no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, dignidade esta que deve ser respeitada acima de tudo, o que caracteriza este princípio como sendo basilar dentro do ordenamento constitucional brasileiro, sendo inafastável sua observância.

Gilmar Ferreira Mendes tece um importante comentário acerca do princípio da dignidade da pessoa humana:

Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é tratada como objeto, como meio para a satisfação de algum interesse imediato.¹⁹

Sendo assim, não podem as operadoras de planos de saúde alegar que não possuem condições para arcar com o tratamento dos segurados, uma vez que, estes não descumpriram nenhuma cláusula do contrato. O bem jurídico da vida jamais poderá ser menosprezado ou lhe ser atribuído valor diminuto em relação aos demais bens jurídicos, portanto, cabe ao Judiciário garantir o devido respeito à pessoa humana.

Há, também, outro princípio constitucional interligado com a representação dos interesses difusos e coletivos, como a proteção judicial efetiva ou devido processo legal (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal). Por esse princípio fica o Judiciário obrigado a conhecer e apreciar todas as causas que envolvam ameaça ou efetiva lesão a qualquer direito.²⁰

¹⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 389.

¹⁸ MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 332.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 592.

A defesa dos interesses metaindividuais nos contratos de planos de saúde representa também a garantia do cumprimento do princípio *pacta sunt servanda* do direito civil (direito privado), devendo todo contrato ser cumprido desde que não seja impedido por questões de força maior, culpa exclusiva da parte contratante, objeto ilícito e impossível.²¹

Carlos Roberto Gonçalves explica o princípio do *pacta sunt servanda* do seguinte modo:

Pelo princípio da autonomia de vontade, ninguém é obrigado a contratar. A ordem jurídica concede a cada um a liberdade de contratar e definir os termos e objetos da avença. Os que o fizerem, porém, sendo o contrato válido e eficaz, devem cumpri-lo, não podendo se forrarem às suas consequências, a não ser com a anuência do outro contraente. Como foram as partes que escolheram os termos do ajuste e a ele se vincularam, não cabe ao juiz preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação dos princípios de equidade. O princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada.²²

O plano de saúde normalmente é um contrato de adesão,²³ contendo cláusulas previamente elaboradas pela operadora, aceitas pelos segurados de maneira expressa em contrato, o que torna sua exigibilidade mais próxima, visto que a própria fornecedora de serviços não poderá elaborar cláusulas e condições acima de suas forças, se assim o fizer é uma atitude tanto ilegal quanto irracional,²⁴ cabendo ao Judiciário exigir o cumprimento de todas as cláusulas utilizando todas as formas coercitivas e punitivas existentes no ordenamento jurídico.

A representação dos interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos assim garante a observância de vários princípios seja de ordem constitucional, seja ordem estritamente privada do Direito Civil, tendo abrangência maior do que a ação representativa do interesse individual,²⁵ sendo assim reconhecida

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV. t. 2, p. 458.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. III, p. 43.

²³ GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 31, p. 140.

²⁴ SAMPAIO, Aurisvaldo. Contratos de planos de saúde. São Paulo: RT, 2010. v. 40, p. 132.

²⁵ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 334.

como um remédio jurisdicional mais eficaz para combater a lesão ou ameaça de lesão a um direito.

III.2 Uso racional do sistema jurídico como ferramenta de solução dos litígios

O julgamento em uma única ação representativa dos interesses difusos e coletivos, denominada ação civil pública, está atrelado à idéia de maximização da jurisprudência e coletivização do processo,²⁶ assim representando um rompimento com os antigos paradigmas existentes que norteavam os princípios processuais.

A ação civil pública inovou não somente por possibilitar a representação de interesses relegados ao segundo plano,²⁷ mas por permitir o rompimento com a ótica processual clássica do direito romano em que somente autor e réu litigam e a decisão prolatada que só atinge as partes, enquanto outros indivíduos lesionados da mesma forma necessitam ingressar com outras ações para ter seu direito reparado.

O Ministério Público, principal titular da ação civil pública, assim definido pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei 7.347/85, possui todo um aparato investigativo legal no inquérito civil para apreciação e exposição de provas que fundamentam a lesão sofrida,²⁸ mas nada impede que o magistrado julgador da ação atue de modo mais ativo no processo, observando a amplitude de representação da ação, podendo inclusive realizar os institutos processuais probatórios como a inspeção judicial e requerer laudo pericial,²⁹ de acordo com a necessidade para seu convencimento.

A efetividade do Judiciário³⁰ é muito mais ampla no julgamento da ação civil pública, permitindo o acesso à justiça de um número incontável de indivíduos e a solução dos litígios, cessando finalmente a ameaça ou lesão a qualquer direito, com isso garantido a prestação jurisdicional imediata aos casos.

²⁶ DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 301

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1161.

²⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 405.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1163.

³⁰ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 23.

Cândido Rangel Dinamarco tece um comentário acerca do acesso à Justiça e efetividade da jurisdição:

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja no plano constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.³¹

Kazuo Watanabe também tece comentário sobre a preocupação da efetividade processual:

Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais- prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos-, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao *instrumentalismo* que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal.³²

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 352.

³² WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 29.

A possibilidade de julgar uma só ação para garantir os interesses metaindividuais permite, também, a regular duração do processo ao ser observada a possibilidade de prestação jurisdicional em tempo hábil ao maior número de pessoas, excluindo as hipóteses de sacrifício de algum bem jurídico ou o agravamento da lesão.

Gilmar Ferreira Mendes explica a razoável duração do processo da seguinte forma:

É certo, por outro lado, que a pretensão que resulta da nova prescrição não parece estar além do âmbito da proteção judicial efetiva, se a entendermos como proteção assegurada em tempo adequado. A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a idéia de proteção judicial efetiva, como também compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais.³³

Inegável se demonstra a grande eficiência que possui a utilização das tutelas de interesses metaindividuais como garantia de cumprimento jurisdicional e garantia do devido respeito aos princípios constitucionais, não tardando em ser obtida uma resposta do Direito frente a uma lesão, sendo assim, considerada a maximização da jurisdição ao seu maior grau de efetividade.³⁴

O acesso à jurisdição também é ampliado pela utilização da ação civil pública, não sendo afastado o *due process of Law*.³⁵ Todo o grupo e a coletividade participam de forma indireta dos atos processuais, tal ação representa também a integração entre a garantia dos direitos fundamentais e a representação dos interesses difusos e coletivos, idéia essa centrada na terceira onda de acesso à justiça.³⁶

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 597.

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 353.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 60.

³⁶ Idem. Ibidem, p. 67.

A solução dos litígios como escopo da jurisdição encontra seu ápice nas tutelas dos interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos,³⁷ uma vez que, a ação civil pública busca também realizar o resgate social.³⁸ Muitas vezes o indivíduo lesionado não possui condições de arcar com os custos e a demora do julgamento da ação individual, sendo seus interesses representados por meio da tutela de interesses metaindividuais.

A ação civil pública também busca prevenir futuras lesões que seriam causadas aos indivíduos por força de decisão judicial transitada em julgado, possuindo força coercitiva para obrigar o ressarcimento imediato do dano ou obrigação de fazer,³⁹ respeitando os direitos dos consumidores e obrigando a fornecedora a cumprir o contrato.

O julgamento da ação civil pública funcionaria como uma sentença parâmetro, em que as demais decisões, envolvendo tutelas individuais, em casos semelhantes se baseariam na primeira decisão, permitindo ao juiz a criação de uma jurisprudência pautada em suas próprias decisões como fazem os tribunais superiores, de modo que o julgamento das tutelas individuais seria automático, mantendo a segurança jurídica, com isso garantindo a plena satisfação dos interesses da parte em um curto espaço de tempo, o que ampliaria a ideia de efetividade do Direito e introduziria a discussão de utilização das tutelas metaindividuais como uso racional do Direito.

A racionalidade da utilização das tutelas metaindividuais não impede a interposição de ações individuais, por quaisquer pessoas que tenham seus interesses violados, mas a crítica a ser levantada é o nível de representação e solução dos litígios no âmbito difuso, individual homogêneo e coletivo,⁴⁰ sendo mais racional a utilização da ação civil pública, ao invés de muitas ações individuais, que por fim irão repetir o mesmo entendimento judicial sobre a questão e praticamente decidirá de modo semelhante.

³⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 389.

³⁸ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 337.

³⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 403-404.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1163.

A representação dos interesses difusos e coletivos por meio da ação civil pública, apesar de causar uma revolução no sistema processual, não possui por escopo interferir nas políticas públicas, muito embora, sua função seja prevenir e reparar toda ameaça de dano ou lesão configurada no âmbito grupal e coletivo,⁴¹ nada possui em comum com a instituição das políticas públicas, que são de competência exclusiva do Executivo e são voltadas para a coletividade como meio para garantir os direitos sociais.

A ação civil pública, que possui como objeto, regular a relação entre operadoras de planos de saúde, não busca inserir os segurados dentro do sistema de saúde público (SUS), mas busca apenas regular a relação entre operadoras e consumidores para o fornecimento da prestação de serviço, anteriormente paga pelo consumidor,⁴² que depois de ocorrido o sinistro lhe foi negada. Muitos consumidores preferem se submeter à incógnita dos contratos de planos de saúde, do que tentar a sorte nos hospitais públicos, por conta de sua ineficiência e lotação excessiva.

O grande remédio presente na figura da ação civil pública, pouco tem sido utilizado para sanar os problemas envolvendo consumidores e fornecedores de um modo geral, mas é perceptível que ainda há um grande vazio quando o assunto envolve planos de saúde, não havendo qualquer meio de defesa na esfera difusa e coletiva, o que compromete a defesa dos segurados,⁴³ visto que, constantemente estão entregues aos abusos cometidos pelas operadoras dos planos. Se estas não sofrerem sanções a tendência das lesões é somente aumentar.

A não utilização da ação civil pública como efetivo remédio para maximização da jurisdição, sem a utilização racional do sistema jurídico e resolução efetiva dos conflitos na esfera *erga omnes* representam um retrocesso no pensamento jurídico de coletivização do processo⁴⁴ e, portanto, não deve ser excluída de apreciação do Judiciário sempre que um dano ultrapassar a esfera individual, com escopo de garantir a inclusão dos indivíduos, tanto aos direitos fundamentais, quanto aos princípios constitucionais que os regem, tendo por fim a preservação dos bens jurídicos indisponíveis como a integridade física e a vida.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 810.

⁴² SAMPAIO, Aurisvaldo. Contratos de planos de saúde. São Paulo: RT, 2010. v. 40, p. 88.

⁴³ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 389.

⁴⁴ DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 302.

CONCLUSÃO

A conclusão alcançada após os argumentos anteriormente expostos é a ação civil pública como o melhor e mais eficaz meio representação dos litígios envolvendo os grupos de consumidores e, também, os interesses de toda a coletividade. Havendo uma decisão proferida valerá para todos os casos semelhantes, de modo a maximizar a atuação da jurisdição na resolução dos conflitos.

A representação dos interesses metaindividuais como integrantes da segunda onda de acesso à Justiça não deve ser visto de maneira isolada, mas interagindo com a primeira onda, de modo que haja uma adequação entre a representação dos interesses metaindividuais e a garantia dos interesses individuais, com isso formando a terceira onda criando métodos de interação entre interesses coletivos e difusos com os interesses individuais.

A parte poderá normalmente ajuizar uma ação individual para tentar obter a solução do litígio, mas de maneira mais ampla, a ação civil pública permite a solução do litígio na esfera *erga omnes*, sendo desnecessária a interposição de qualquer outra ação, constituindo assim o mais potente remédio presente no ordenamento jurídico para defesa da coletividade frente às diversas formas de lesões causadas.

O termo de ajustamento de conduta, procedimento não obrigatório e determinante para o ajuizamento da ação civil pública, é uma ferramenta poderosa e suficiente para reparação dos danos causados aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, de modo que, o autor da lesão se compromete a realizar uma ação ou deixar de realizá-la. Funciona de forma coercitiva (acompanhada do pagamento de *astreintes*), evitando novas lesões e não sendo necessário o ajuizamento da ação civil pública.

O ajuizamento da ação civil pública permite ao magistrado apreciar o caso, de forma a garantir a aplicação de todos os princípios constitucionais e, também, realizar o controle de constitucionalidade difuso ou incidental, de modo a garantir a supremacia da Constituição frente às demais normas do ordenamento

em vigor, como também dos contratos privados, sendo possível anular qualquer cláusula violadora de um direito fundamental.

O objetivo da ação civil pública, nos casos das relações entre seguradoras e beneficiários, nos planos de saúde, não é o acesso ao sistema de saúde, mas ao cumprimento de uma obrigação assumida pela fornecedora mediante contrato de seguro, em que a concretização do sinistro é o elemento garantidor da obrigação de prestação do serviço.

O Judiciário ao determinar a submissão imediata do segurado ao tratamento de saúde não visa usurpar a competência do Executivo em estabelecer o acesso às políticas públicas de saúde, mas garantir aos indivíduos, lesados pelas operadoras de planos de saúde, a manutenção do bem jurídico da vida e garantindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, exercendo com isso seu papel fundamental de garantia de aplicação da lei.

O maior obstáculo para a representação dos interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos é apenas o não ajuizamento da ação civil pública pelos seus legitimados, tanto aqueles presentes no Código de Defesa do Consumidor quanto na Lei 7.347/85, sendo verificado um total abandono dos segurados por planos de saúde em ver seus interesses representados não só como grupos, mas como coletividade devendo os próprios interessados adentrar ao Judiciário por intermédio das ações individuais cautelares para receberem o tratamento devido.

O Ministério Público não possui escusa para se negar ao ajuizamento da ação civil pública, com o escopo de coibir as lesões causadas pelas operadoras de planos de saúde aos segurados, este é o principal legitimado para ingressar com a ação dentro do ordenamento jurídico brasileiro e, na sua própria lei orgânica, que lhe incumbe o papel de defensor dos interesses metaindividuais. Agindo de forma omissa haverá uma afronta grave à legislação constitucional que estabelece suas funções.

O ordenamento jurídico brasileiro está completo quando o assunto é representação dos interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos, estabelecendo quem são os legitimados a ingressar com a respectiva ação e até mesmo o rito e suas peculiaridades a serem seguidas, sendo possível concluir que o erro está na não utilização do remédio legal para solucionar o problema, ainda persistindo a incógnita de como representar os interesses metaindividuais e garantir os direitos individuais, quando esta discussão deveria ser solucionada pela utilização da ação civil pública.

Dessa forma, por fim, a maximização da jurisdição por meio da representação dos interesses metaindividuais permite ao Judiciário, de modo mais eficaz, utilizar o Direito em seu mais alto nível. Por meio de uma só ação será protegido um número praticamente incontável de indivíduos, garantindo a aplicação de um tratamento digno e preservando os bens jurídicos contra a lesão e a perda, dentre os quais o mais importante é a vida.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil- Processo de Conhecimento. 9. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 2.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Lei 7.347/85 de data 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Bookseller, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Ed. RT, n. 15/16, 1974, vol. 13.

DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV. t. 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. III.

GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 31.

HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Martin Claret, 2007.

KELSEN, HANS. Reine Rechtslehre. Leipzig- Viena, Deuticke, 1934 (trad. port. João Baptista Machado: Teoria pura do direito. 8. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009).

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. São Paulo: Martin Claret, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Contrato de seguro. São Paulo: LZN, 2002.

SAMPAIO, Aurisvaldo. Contratos de planos de saúde. São Paulo: RT, 2010. v. 40.

SARAIVA, Renato. Direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO

HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA

**BREVE CRÍTICA AO SUBSTANCIALISMO,
À LUZ DO DEBATE GADAMER-HABERMAS**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília -
UnICEUB.

Orientador:
Prof. Dr. Álvaro Cialini

Ao professor Álvaro Ciarlini, pela exímia condução do trabalho e, sobretudo, pelo admirável empenho em disseminar a discussão filosófica no âmbito acadêmico, que, em mim, surtiu o insubstituível desejo de pensar além.

“Queres saber uma coisa? O que eu penso não é tão importante.

A única frase que quero defender sem restrição é que os seres humanos não podem viver sem esperanças.” (GADAMER, 2002)

RESUMO

Mares Guia, Marcos. *Hermenêutica filosófica e jurisdição democrática: breve crítica ao substancialismo, à luz do debate Gadamer-Habermas*. 2011. 55 fls. Trabalho de conclusão de curso, graduação em Direito. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011.

Monografia sobre o papel da hermenêutica na busca de uma jurisdição democrática efetiva. O pensamento jurídico, da antiguidade à modernidade, sempre se preocupou em esboçar modelos de interpretação e aplicação das normas. A hermenêutica filosófica gadameriana, embora não se destine especificamente ao Direito, reabilita a filosofia como instrumento de compreensão das ciências sociais. Hans-Georg Gadamer elaborou uma teoria filosófica que, em apertada síntese, tem como fio condutor a linguagem, a tradição e o caráter ôntico da vida. Em contrapartida, Jürgen Habermas apresenta crítica construtiva à hermenêutica gadameriana, apontando para uma jurisdição ponderada, em estrita observância aos procedimentos democráticos. O embate entre o substancialismo e o procedimentalismo envolve, essencialmente, a força legitimadora da gênese democrática do Direito.

Palavras chaves: Filosofia do Direito. Hermenêutica. Gadamer. Habermas. Procedimentalismo. Substancialismo.

INTRODUÇÃO

A hermenêutica se tornou um dos temas centrais da filosofia moderna. O problema da compreensão e a maneira de se interpretar o compreendido abrangem, para além de qualquer anseio metodológico, toda a experiência do homem no mundo.

Foi nessa perspectiva que Hans-Georg Gadamer reabilitou a hermenêutica como instrumento de compreensão do mundo social, elaborando uma teoria filosófica que tem como fio condutor a linguagem, a tradição e o caráter ôntico da vida.

Aderindo a algumas das concepções de seu mestre Heidegger, Gadamer parte da premissa de que a compreensão representa elemento de integração do ser no mundo, bem como que o ambiente lingüístico é o meio de transporte não só do conhecimento positivado, mas também de toda carga simbólica histórica e cultural construída socialmente. Sendo assim, Gadamer confere à sua hermenêutica uma pretensão universal, trazendo, ainda, através do círculo hermenêutico, a ideia de que toda razão se funda na tradição.

No âmbito deste estudo, a importância de se tratar da teoria gadameriana se perfaz, sobretudo, em razão da sua força propulsora, que, como é cediço, contribuiu imensamente para robustecer a filosofia contemporânea.

No campo do Direito, a hermenêutica tem enfoque especial, pois, além de atingir a aplicabilidade das normas, tem repercussão direta para as reflexões de construção de uma sociedade democrática.

Nesse sentido, o presente estudo aborda o contemporâneo debate entre duas posições relativamente antagônicas que buscam definir o papel hermenêutico a ser exercido pela jurisdição constitucional democrática.

De um lado, sob os pilares da hermenêutica filosófica gadameriana, o modelo substancialista defende uma atuação mais efetiva da justiça constitucional, mormente a concretização de direitos fundamentais. Do outro, angariada

pela crítica que Jürgen Habermas faz à Gadamer, a teoria procedimentalistas acusa que essa pretensão concretista enfraquece a democracia, pelo que apontam para uma atuação mais ponderada do Poder Judiciário, em estrita observância aos procedimentos democráticos.

No presente trabalho, a metodologia utilizada para analisar o assunto desenvolveu-se, essencialmente, por intermédio de pesquisa bibliográfica, tendo em vista o tema ser eminentemente filosófico.

Frise-se que o trabalho foi dividido em três capítulos, nos quais são abordados conteúdos necessários para o delineamento do tema.

No primeiro capítulo, serão investigadas algumas entre as principais correntes teóricas que concorreram para construção do pensamento hermenêutico contemporâneo. Trata-se, contudo, de breve estudo preliminar que busca apenas testar algumas premissas, sobretudo das insuficiências pensamento moderno, evidenciando a importância do giro hermenêutico gadameriano. Não se pretende, portanto, traçar a evolução da hermenêutica ao longo do conhecimento humano ou, ainda, abordar exaustivamente as teorias citadas, mas apenas suscitar a importância do pensamento hermenêutico para construção do Direito.

Em seguida, no segundo capítulo, pretende-se identificar e delinear alguns dos pressupostos da teoria hermenêutica de Gadamer. Serão abordados, também, alguns pontos relevantes das teorias de Friedrich Danill Ernst Schleiermacher, Wilhelm Dilthey e Martin Heidegger, que contribuíram de forma expressiva para construção do giro hermenêutico gadameriano.

Finalmente, no terceiro capítulo, realiza-se uma abordagem acerca da crítica de Habermas à hermenêutica filosófica gadameriana, notadamente, à sua pretensão de universalidade e acerca do problema da tradição.

Assim, delimitado o referencial teórico, as teses substancialista e procedimentalista serão cotejadas, inclusive diante de um caso prático, possibilitando a reafirmação da cautela procedimentalista frente às pretensões substancialistas.

Trata-se, evidentemente, de embate filosófico controvertido que certamente não será esgotado, mas apenas alumiado no presente estudo.

HERMENÊUTICA JURÍDICA: BREVE ABORDAGEM PROPEDÊUTICA

I.1 Da antiguidade à idade média

O vocábulo “hermenêutica”, do grego *hermêneuein*, originou-se, provavelmente, do nome de Hermes, filho de Zeus e Maia, conhecido na mitologia grega como o deus mensageiro.¹ Por interpretar as declarações dos deuses e difundi-las para os mortais, Hermes ilustra com exatidão a idéia de que é indispensável a existência de uma intermediação entre a edição das normas e a sua efetiva compreensão.²

Nesse sentido, este trabalho começa com uma breve abordagem propedêutica de algumas importantes variáveis que concorreram para concepção do “giro hermenêutico” gadameriano. Pretende-se, no entanto, apenas testar premissas de abertura do pensamento hermenêutico, sobretudo, das correntes intelectuais do Direito Moderno.

Na antiguidade grega, a hermenêutica servia, em grosso modo, como técnica de leitura e compreensão. Os gregos não chegaram a encarar o instituto como ciência autônoma — o que apenas se viu no despertar da modernidade —, mas sim como uma técnica de filologia, secundária às demais ciências, que tinha como principal objetivo a elucidação de textos obscuros ou, ainda, como meio de ligação entre mitos e teses filosóficas.³

Os romanos, por outro lado, desenvolveram o aspecto prático da hermenêutica, buscando desenvolver aplicações para a vida das pessoas. Com efeito, direcionaram os estudos da atividade interpretativa para a aplicação das leis e para a organização do Direito Civil. Tanto o é que o *Corpus Juris Civilis* — obra

¹ GRUNWALD, Astried Brettas. Uma visão hermenêutica comprometida com a Justiça. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4351/uma-visao-hermeneutica-comprometida-com-a-justica>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

² FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor,

³ Ibidem, p. 22-23.

de Justiniano, que consolidou mil e quatrocentos anos de experiência jurídica dos romanos — já trazia consigo diversas diretrizes interpretativas.⁴

Posteriormente, na idade média, apogeu do teocentrismo e da cultura teleológica, a atividade interpretativa teve como principal objeto o texto religioso. A lei canônica representava a principal fonte do direito e a vontade divina figurava como resposta a todos os questionamentos mundanos.

De um modo geral — e principalmente pelas contribuições de Santo Agostinho, e Santo Tomás de Aquino⁵ — surgiram métodos interpretativos para restituição do sentido oculto da Bíblia e da busca pela verdadeira vontade de Deus, dentre os quais destacamos, para ilustrar, o método literal, o moral, o alegórico e o anagógico.⁶ O primeiro, literal, consistia no entendimento de que não só a mensagem divina, como também cada uma das palavras que constituem a Bíblia eram de plena inspiração transcendental. Na interpretação moral, segundo método, buscava-se estabelecer os princípios exegéticos pelos os quais se podem extrair as lições éticas da Bíblia. No terceiro, alegórico, pretendia-se, com a narração das passagens bíblicas, estabelecer diretrizes para a compreensão do conteúdo espiritual dos textos. Pelo último, anagógico, entendia-se que as palavras religiosas transmitiam um significado profundamente espiritual, uma vez que a palavra divina não poderia ser captada por uma leitura superficial.⁷

Santo Agostinho, por exemplo, dedicou-se a traçar diretrizes interpretativas da Bíblia, levando em conta, além dos métodos alegórico e literal, o elemento histórico e a coerência interna da Escritura⁸. Descreva-se, nesse sentido, trecho da obra *Acerca da Doutrina Cristã*:

Quando as palavras próprias tornam a Escritura ambígua, a primeira coisa que devemos verificar é se pontuamos ou se pronunciamos erradamente. Se uma vez atentos, o modo

⁴ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.38.

⁵ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.44-50.

⁶ ZABATIERO, Júlio. *Teologia inovadora no século XXI*. 2010. Disponível em: <<http://www.novosdialogos.com/artigo.asp?id=141>>. Acesso em: 19 mar. 2011.

⁷ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 24.

⁸ *Ibidem*, p. 24.

de pontuar ou de pronunciar permanece incerto, deve o estudioso consultar as regras da fé que adquiriu noutros lugares mais claros da Escritura ou através da autoridade da Igreja, de cujas regras tratamos bastante ao falar, no primeiro livro, das «coisas». Mas se ambos os sentidos, ou todos, no caso de existirem muitos, permanecerem possíveis no interior da fé, resta-nos a solução de consultar o contexto em que se encontra a ambiguidade a fim de vermos a qual dos vários sentidos a passagem apela e com qual se harmoniza mais perfeitamente.⁹

Enfim, pretende-se demonstrar que, durante a idade média, a atividade interpretativa foi, ainda que timidamente, sofisticada para além de uma simples técnica de leitura. Com efeito, o Direito medieval criou a figura de um novo intérprete, que se ocupou não somente em elucidar textos tidos como obscuros ou enigmáticos, mas que também se dedicou a instrumentalizar e institucionalizar a hermenêutica para que o conhecimento, sobretudo bíblico, fosse compreendido e difundido com maior efetividade e credibilidade. Assim, a hermenêutica passou a ganhar as primeiras feições de ciência autônoma.

I.2 Positivismo: apogeu do método lógico-formal

Duas correntes intelectuais destacaram-se, dentre outros motivos, por encarem o Direito nos estritos ditames da norma positiva. Foram elas a Escola da Exegese, que tinha como principal mote garantir, através da norma, a manutenção os direitos individuais conquistados na Revolução Francesa, e a Escola de Viena, que se dedicou a demonstrar a autonomia científica do Direito.¹⁰

Relativamente à primeira, tem-se que o Código Napoleônico trouxe à tona o primeiro grande movimento científico de uma metodologia de interpretação das leis. A consagração dos direitos e garantias individuais conquistados com a tomada da Bastilha, perpetuados em normas que previam o máximo de hipóteses típicas e formas disciplináveis, fez criar um verdadeiro movimento de culto ao texto legal, resultando, então, na criação da Escola da Exegese.¹¹

⁹ AGOSTINHO, Santo. *Acerca da Doutrina Cristã*. In: *Textos de Hermenêutica*. Org. Rui Magalhães. Tradução: José Andrade. Porto: Rés Editora, 1984, p. 85.

¹⁰ COSTA, Dilvanir. *Curso de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1977, p. 23.

¹¹ *Ibidem*, p. 80.

Os exegetas tinham como principal lema a interpretação da lei pela própria lei. Isso se dava, dentre outras razões, pela falsa sensação de que o Código Napoleônico previa todas as situações da vida, sendo a estrita vontade do legislador única fonte legítima de realização do Direito.¹²

Nazaré do Socorro Conte Ferreira, valendo-se das lições de Miguel Reale e de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, bem elucida o processo interpretativo lógico-formal preconizado pela Escola da Exegese:

[...] a interpretação jurídica encontrava-se adstrita ao exame literal, lógico e sistemático do texto legal: o intérprete, inicialmente, fazia a análise morfológica e sintática da lei; em seguida, perquiria, por meio de raciocínios dedutivos, o seu sentido lógico; e, por fim, procurava localizá-la no interior do ordenamento jurídico em face do princípio, tido como absoluto, de que o sistema jurídico consistia em um conjunto orgânico, pleno e concatenado de leis, dispostas de forma hierarquizada, no qual cada uma ocupava lugar específico, determinante de seu significado.¹³

É possível perceber que, sob a ótica exegetica, a função do intérprete era absolutamente restrita à subsunção do fato à norma. Em outras palavras, o direito se realizaria pela simples aplicação mecânica da lei, já que o corpo normativo, além de garantir uma gama de direitos fundamentais irrenunciáveis — gravados no ordenamento jurídico —, estaria preparado para suportar qualquer situação fática.

Ocorre que as investidas de implementação de métodos lógico-formais — típicos das ciências naturais — para realização e compreensão do Direito já se mostravam falhas. Verifica-se, inclusive, que os exegetas distorceram a utilização do silogismo aristotélico, conforme bem assevera Miguel Reale:

É por isso que dizemos que uma sentença nunca é um silogismo, uma conclusão lógica de duas premissas, embora possa ou deva apresentar-se em veste silogística. Toda sentença é antes a vivência normativa de um problema, uma experiência axiológica, na qual o juiz se serve da lei e

¹² FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 47.

¹³ Ibidem.

do fato, mas coteja tais elementos com uma multiplicidade de fatores [...].¹⁴

A Escola da Exegese consagrou-se, ainda que momentaneamente, sob o discurso de que somente a lei, interpretada e aplicada nos seus exatos termos, proporcionaria a manutenção das conquistas políticas trazidas pela Revolução de 1798.

Embora tenha representado fulcral importância para a consolidação dos sistemas normativos, notadamente para o Direito Civil, o movimento positivista exegeta produziu efeitos contrários a sua proposta inicial, já que o engessamento da atividade hermenêutica, dado pelo apego à literalidade, tirava a sensibilidade da atividade jurisdicional, impedindo os julgadores de situarem o Direito diante das peculiaridades do caso, da realidade social, bem como dos aspectos éticos envolvidos.¹⁵

Ainda no contexto de formação de uma hermenêutica lógico-formalista, após a consagração da Escola Histórica do Direito —tratada mais adiante—, Georg Friedrich Puchta retomou a busca de uma metodologia para a interpretação e realização do Direito, concretizando o que se veio a se chamar de Jurisprudência dos Conceitos.¹⁶

Para Puchta, a interpretação da norma deveria respeitar um sistema próprio de conceitos jurídicos, adequáveis a qualquer proposição jurídica. Desse modo, a partir de uma hierarquia de princípios, seria estabelecido um sistema lógico-dedutivo, suficiente para solucionar insuficiências das normas a partir de simples abstrações. Sobre a genealogia dos conceitos de Puchta, Karl Larenz leciona o seguinte:

O que PUCHTA, aqui e em outros lugares (pág. 101), designa por

«genealogia dos conceitos» não é, assim, outra coisa senão a pirâmide de conceitos do sistema construído segundo as regras da lógica formal.

¹⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 610.

¹⁵ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 48.

¹⁶ *Ibidem*, p. 59.

[...] «A genealogia dos conceitos» ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, determina os restantes através do seu conteúdo.¹⁷

Em contra ponto, Larenz explica a insuficiência da Jurisprudência dos Conceitos como metodologia de interpretação, dentre outros motivos, em razão da sua insensibilidade com a realidade social, política e moral do Direito:

PUCHTA abandonou pois a relação, acentuada por SAVIGNY, das «regras jurídicas» com o «instituto jurídico» que lhes é subjacente, em favor da construção conceptual abstracta, e colocou, no lugar de todos outros os métodos – e também no de uma interpretação e desenvolvimento do Direito orientados para o fim da lei e o nexó significativo dos institutos jurídicos –, o processo terreno ao «formalismo» jurídico que viria a prevalecer durante mais de um século, sem que a contracorrente introduzida por JHERING conseguisse por longo tempo sobrepor-lhe. Formalismo que (...) constitui a «definitiva alienação da ciência jurídica em face da realidade social, política e moral do Direito». Não foi assim por mero acaso que o movimento contraposto arrancou, de início, não do terreno da filosofia, mas da recentemente surgida ciência empírica da realidade social, isto é, da sociologia.¹⁸

Finalmente, no Século XX, o positivismo lógico inaugurado pelos exegetas encontrou em Hans Kelsen sua máxima “expressão do positivismo normativo ou lógico- normativo”¹⁹, dentre outras razões, pela influência da ciência dogmática de Puchta.²⁰

Com efeito, foi Kelsen quem melhor demonstrou que a ciência do Direito é autônoma — delineada e circunscrita pela própria norma — e, por isso, deve se libertar de todos os elementos que lhe são alheios. Kelsen traçou uma radical distinção entre os fenômenos naturais (ser) e a norma (dever ser), libertan

¹⁷ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 24-25.

¹⁸ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 28-29.

¹⁹ KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 21.

²⁰ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.117.

do o Direito da Sociologia, da Filosofia, bem como dos conteúdos variáveis das demais ciências.²¹

Além da tão consagrada autonomia do direito, a atividade hermenêutica, no âmbito da teoria kelseniana, estava vinculada à ideia de que a estrutura normativa deveria ser hierarquizada. Nesse sentido, Kelsen estabeleceu uma proposição básica de uma norma fundamental — que chamou de “norma hipotética fundamental” — com o intuito de responder a todos os seus questionamentos, sobretudo quanto à validade das demais normas que regulam a conduta dos homens.²²

Nessa perspectiva, a função do intérprete nada mais era do que determinar as possíveis aplicações do Direito dentro do ordenamento jurídico escalonado, sem nunca perder de vista a instrução de que a interpretação do Direito deveria se prender ao sistema normativo, sob pena de se desvirtuar a aplicação do Direito com questões secundárias.²³ Essa desvinculação da norma jurídica com a realidade e com as demais ciências criadas pelo conhecimento humano supostamente faria com que a norma (pura) fosse suficiente para realizar o Direito.²⁴

Enfim, Kelsen não só adotou o normativismo extremado da Escola da Exegese, mas também renovou os procedimentos hermenêuticos por ela construídos.

Conclui-se, diante dessas breves considerações, que, de um modo geral, os movimentos positivistas trouxeram, dentro de suas perspectivas, certa inflexibilidade para a atividade hermenêutica, engessando a norma no tempo e no espaço, além deixar o Direito insensível às mutações sociais e à realidade da vida.

²¹ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 95.

²² KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 124.

²³ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.121-123.

²⁴ FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 76 e 77.

I.3 Novas perspectivas para a hermenêutica: superação das metodologias empírico- racionais

Regressando ao Séc. XIX, as reações à Escola Pandectista alemã e à Escola da Exegese não demoraram a aparecer. Notadamente, ganhou força o discurso ideológico calcado na ideia de que o Direito deve se adaptar às constantes mudanças da vida social, dando margem para que outras ciências integrassem ao pensamento jurídico.

Maior destaque merece a Escola Histórica do Direito. Friedrich Carl Von Savigny, seu principal representante, preconizou a tese de que a codificação imobilizaria o Direito, significando um obstáculo para o seu progresso. Para ele, o Direito deveria refletir o caráter e a identidade de cada nação, extrapolando, necessariamente, os limites da codificação. Ou seja, mais relevante do que a norma abstrata, seria a historicidade dos institutos emanados das fontes reais do Direito.²⁵

Com efeito, Savigny defendia a tese de que a norma jurídica só ganharia vida se fosse aplicada em conformidade com o instituto jurídico correspondente, observadas as circunstâncias em que aquele instituto se sustenta.²⁶ Assim sendo, o intérprete deveria transcender o conteúdo estático da norma, passando a intuir as circunstâncias históricas em que o legislador a instituiu, a fim de dar atualidade ao texto legal.²⁷

Apesar da significativa contribuição prestada à hermenêutica jurídica contemporânea, no que tange a consciência histórica do intérprete, os integrantes da Escola Histórica pouco se preocuparam com os limites a serem observados pelo aplicador da lei, o que se mostra extremamente temeroso, já que a não observância das balizas da lei pode implicar na distorção do seu sentido.²⁸

Além da Escola Histórica do Direito, duas outras escolas, a Teleológica e a Sociológica — cujas ideias centrais muitas vezes se confundem —, trouxeram sólidas razões para o desapego ao texto da lei.²⁹

²⁵ COSTA, Dilvanir. Curso de Hemenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1977, p. 28.

²⁶ COSTA, Dilvanir. Curso de Hemenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1977, p. 54.

²⁷ FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor,

²⁸ Ibidem, p. 51.

²⁹ Ibidem, p. 49-58.

Rudolph von I Assim, de acordo com esse pensamento teleológico, o Direito deveria servir como técnica de convivência para atingir a utilidade e a felicidade social.³⁰

Naturalmente, a corrente histórica rechaçava a ideia de que a lógica poderia determinar o Direito, como pretendia a Escola da Exegese. Nessa esteira de raciocínio, Ihering faz um interessante cotejo entre as relações do Direito com a lei e do pensamento com a palavra, concluindo que a expressão do pensamento pelas palavras muitas vezes é imprecisa, assim como o Direito, que não pode ser expresso em sua totalidade pelas leis.³¹

Significa dizer, no contexto deste estudo: a atividade interpretativa é essencial para a concretização do Direito, de tal forma que sem ela a lei tornasse inexpressiva.

Noutro giro, a Escola Sociológica — representada por Bufnoir, Saleilles e Gény —, difundia a ideia de que o Direito é um todo orgânico, devendo se atentar para os fatos sociais e relacionar com as demais ciências para se completar.³²

Com efeito, na perspectiva sociológica, o Direito seria uma ciência oriunda da sociedade e destinada à sociedade. Não por outro motivo, as normas do direito seriam regras de conduta para disciplinar o comportamento do indivíduo no grupo, as suas relações e necessidades, as quais são ditadas pela própria sociedade.³³

Nesse sentido, François Gény estabeleceu a ideia de que, para suprir as lacunas da lei, o intérprete deveria levar em consideração o próprio plano organizatório da vida social, buscando os elementos originários que levaram a norma a ser instituída dessa ou daquela maneira. Note-se, portanto, que na perspectiva da Escola Sociológica a razão de ser do pensamento jurídico estaria calcada na organização social, motivo pelo qual a hermenêutica deveria ser guiada pelas concepções e percepções sociais.³⁴

³⁰ Ibidem, p. 64-66.

³¹ COSTA, Dilvanir. Curso de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1977, p. 29.

³² COSTA, Dilvanir. Curso de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1977, p. 30.

³³ FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 54-55.

³⁴ LIMA, Hermes. Novos métodos de interpretação do direito: a revelação científica do direito. 26. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 162-166.

A essa altura, não se pode deixar de mencionar, ainda que superficialmente, outro movimento que contribuiu para a quebra do formalismo metódico da atividade interpretativa: a Jurisprudência dos Interesses.

Sob influência das críticas trazidas pelas correntes teleológica e sociológica, parte da jurisprudência alemã passou a buscar um possível equilíbrio entre as inclinações formalistas tradicionais e as idéias sociológicas, e de cunho teleológicas, então renovadoras, dando origem à consagrada Jurisprudência dos Interesses.³⁵

Dentro do escopo deste estudo, importa ressaltar que a Jurisprudência dos Interesses assentava a ideia de que o hermeneuta deveria superar a concepção pragmática da norma, devendo se atentar para os interesses tutelados pela lei como forma de diretriz interpretativa.³⁶

Inclusive, conforme se verificará no último capítulo deste estudo, essa é uma das ideias centrais dos defensores do substancialismo para realização de uma jurisdição democrática.

Para Phillip Heck, representante e desenvolvedor da Jurisprudência dos Interesses, o Direito, assim como todo conhecimento científico, deveria ter como objetivo principal a atuação nas questões práticas da vida. Isso significa dizer que, para Heck, o juiz ideal deveria tomar decisões objetivas, nunca deixando de levar em conta, porém, os interesses e as necessidades da sociedade como um todo.³⁷

Nesse sentido, cumpre descrever a doutrina de Karl Larenz, que discorre com precisão sobre a Jurisprudência dos Interesses:

A ligação entre JHERING e a Jurisprudência dos interesses (...) torna-se nítida quando se lê em HECK (B, pág. 2) que «o cerne da disputa metodológica» reside na «acção do Direito sobre a vida, tal como ela se realiza nas decisões judiciais».

[...] Porém, o que a ciência procura é sempre «o caminho para um único objetivo final – para acção sobre a vida»;

³⁵ FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 67-70.

³⁶ FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 67.

³⁷ Ibidem.

não serve, portanto, «nenhum segundo objectivo, autónomo, ou, quiçá, meramente teórico». A sua única missão é «facilitar a função do juiz, de sorte que a investigação tanto da lei como das relações da vida prepare a decisão objectivamente adequada» (B, pág. 4). O objectivo final da actividade judicial e da resolução pelo juiz dos casos concretos é, por seu turno, «a satisfação das necessidades da vida, a satisfação das apetências e das tendências apetitivas, quer materiais quer ideais, presentes na comunidade jurídica». São estas «apetências e tendências apetitivas designamos – elucida HECK – por interesses, e a particularidade da Jurisprudência dos interesses consiste em «tentar não perder de vista esse objectivo último em toda a operação em toda a formação de conceitos» (GA, 11).³⁸

Apesar dos graves defeitos apresentados pela doutrina da Jurisprudência dos Interesses — dentre os quais a relativa desvalorização das diretrizes intrínsecas a lei —, importa destacar, ainda que de passagem, a relevância da sua contribuição para que o intérprete investido na competência de julgar passasse a se sensibilizar para os eventos da vida, dando assim, uma nova face à atividade hermenêutica.³⁹

Finalmente, surgiu, na instância máxima das ideias que se opuseram ao formalismo jurídico, o Movimento do Direito Livre, ou Direito Alternativo, que representou para a hermenêutica uma importante viragem no sentido do subjetivismo.

“Livre” porque o Direito deveria se libertar da primazia da lei, devendo ser realizado, principalmente, pelos magistrados, pela jurisprudência e pela ciência jurídica.⁴⁰

Os representantes do Movimento do Direito Livre partiam da premissa de que o sistema judiciário seria lento, burocrático e imobilizado pelo texto da lei, motivo pelo qual se fazia necessário impor novas soluções a sua efetividade, como bem leciona — e critica — Raimundo Bezerra Falcão, Professor da Universidade do Ceará:

³⁸ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 64.

³⁹ Ibidem, p. 77.

⁴⁰ FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 71.

O remédio estaria, em consequência, não em se ensinar como se pode chegar a pensamentos que nada mais são do que derivações de outros pensamentos já postos, porém em subministrar meios capazes de produzir ideias novas, na proporção em que novas são as situações encontradas. De resto, a norma jurídica geral não pode produzir algo que não seja resultado do que está em seus próprios termos.⁴¹

Assim, sustentavam que ao juiz ou ao intérprete da lei cabia a missão de aperfeiçoar e atualizar a norma e, se necessário, criar o próprio Direito, tudo isso sob a concepção de que o Direito brotaria espontaneamente da sociedade e de que a norma jurídica poderia ser criada diante de uma situação concreta.⁴²

Embora o Movimento do Direito Livre tenha contado com muitos seguidores, sobressaíram as críticas. Isto se deve ao fato de que, na perspectiva da atividade hermenêutica, as concepções da livre interpretação confeririam ao intérprete — ou aplicador da norma — funções que ultrapassariam e muito o mote da interpretação da lei.

Ou seja, nessa perspectiva de extrema liberdade do hermeneuta, invariavelmente a função do legislador seria substituída pela livre interpretação, culminando em uma inevitável insegurança jurídica ou, sob uma concepção mais moderna, em uma atividade jurisdicional flagrantemente ilegítima.

Ao final, traçado um raso e breve panorama propedêutico e histórico da hermenêutica jurídica, destacando-se, sobretudo, a evolução dos métodos lógico-formais e do positivismo exacerbado para as correntes de socialização da norma, até alcançar o ponto extremo da livre interpretação, é possível concluir que o estudo da hermenêutica foi palco de constante diálogo teórico, do qual se extrai a inegável constatação de que a hermenêutica essencialmente positivista, metodológica e instrumentalista não é capaz de suportar as ciências do espírito, que se mostram subjetivistas e permeadas de certa carga simbólica.

⁴¹ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 165.

⁴² FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 72.

Portanto, no âmbito deste estudo, essa breve abordagem, além de suscitar algumas das diversas concepções dadas à hermenêutica ao longo da evolução do pensamento jurídico, se presta para situar a profundidade da hermenêutica gadameriana, para além do campo do Direito, reabilitando a filosofia como instrumento de compreensão do mundo social.

PROLEGÔMENOS ACERCA DA HERMENÊUTICA GADAMERIANA

II.1 De Friedrich Schleiermacher a Martin Heidegger: antecedentes do “giro hermenêutico” de Hans-Georg Gadamer

Antes de se adentrar ao estudo da hermenêutica filosófica gadameriana, faz-se necessário um breve esboço acerca de alguns pontos relevantes das teorias de Friedrich Danill Ernst Schleiermacher, Wilhelm Dilthey e Martin Heidegger, que contribuíram de forma expressiva para construção do “giro hermenêutico” gadameriano.

II.1.1 Interpretar é compreender

Em estudo filosófico sobre a hermenêutica, Schleiermacher inaugurou a ideia de que a compreensão é figura central na atividade interpretativa. Descreva, a esse propósito, trecho de Verdade e Método:

[Em Schleiermacher] a interpretação e a compreensão se interpelam tão intimamente como a palavra exterior e interior, e todos os problemas da interpretação são, na realidade, problemas da compreensão.¹

Em outras palavras, significa dizer que Schleiermacher se aventurou em reformar o instituto da hermenêutica, que até então — e desde a antiguidade — era uma simples técnica de clareamento textual. A sua investida, portanto, representou importante reflexo na concepção da hermenêutica jurídica contemporânea.²

Para Schleiermacher, a compreensão deveria superar a simples tarefa de desvendar o significado obscuro dos textos. Ou seja, o intérprete não poderia

¹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 288-289.

² FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 29.

se ater às especificidades, mas sim a compreender o conteúdo geral do texto, tentando extrair a essência das ideias trazidas pelo autor, se possível, “melhor do que ele próprio teria se compreendido”.³

Ponto interessante dessa busca pela compreensão das ideias — em sobreposição à compreensão de meros trechos textuais — é o modo pelo qual a atividade interpretativa se dinamiza: ao tentar compreender ideias, o intérprete confronta os elementos expressados no texto com os questionamentos que lhe aparecem no decorrer da leitura, em um processo dialético, resultando, pois, em uma comunicação mais efetiva entre leitor e escritor.

Esse vaivém do movimento circular entre o todo e as partes tem uma razão: o problema da individualidade.⁴

Ora, não se pode evitar que a expressão escrita seja contaminada por peculiaridades. Um texto qualquer é escrito por alguém que tem concepções próprias, carga cultural própria e pretensões próprias, por isso, para Schleiermacher — nas palavras de Gadamer —, “o que deve ser compreendido não é a literalidade das palavras e seu sentido objetivo, mas também a individualidade de quem fala e, conseqüentemente do autor”.⁵

Ou seja, um texto, para ser bem compreendido, deve ser encarado como “manifestação vital própria de seu autor”.⁶

A contribuição de Schleiermacher para a hermenêutica — notadamente para a hermenêutica gadameriana —, dentre outros fatores menos importantes, revela-se na instituição do compreender, bem como na teorização dessa circularidade entre o todo e as partes do texto; também entre o texto, as individualidades do autor e as circunstâncias históricas, o que posteriormente se chamou de círculo hermenêutico.⁷

II.1.2 A inserção do elemento da historicidade na hermenêutica

³ Ibidem, p. 31.

⁴ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 298

⁵ Ibidem, p. 290.

⁶ Ibidem.

⁷ INWOOD, Michael. Hermenêutica. Crítica Revista de Filosofia. 2007. Disponível em: <<http://criticanarede.com/hermeneutica.html>>. Acesso em: 27 jun. 2011.

Wilhelm Dilthey foi filósofo, historiador e biógrafo de Schleiermacher. Não por outro motivo, adotou e difundiu a ideia do círculo hermenêutico, inaugurada por Schleiermacher, aplicando-a na construção de uma teoria geral do conhecimento humano.⁸

Acerca do tema, descreva-se trecho da obra *Origens da Hermenêutica*, do próprio Dilthey:

Vou destacar, da *Hermenêutica* de Schleiermacher, as proposições que me parecem directamente ligadas ao posterior desenvolvimento. Qualquer explicação de obras escritas é apenas o desenvolvimento do processo de compreensão que se estende à totalidade da vida e se aplica a qualquer espécie de discurso e de escrito. A análise da compreensão é, por conseguinte, a base em que se fundamentam as regras de interpretação. Mas só se pode efectuar em conexão com a análise da produção das obras literárias. O conjunto de regras que fixa meios e os limites da exegese deve apoiar-se na relação entre a compreensão e a produção.⁹

Acerca círculo hermenêutico, Dilthey complementa:

[...] E eis que aparece a dificuldade central de qualquer hermenêutica. Trata-se de compreender o conjunto de uma obra com a ajuda de palavras e de combinação de palavras; ora a plena compreensão do pormenor pressupõe já a do todo! Este círculo vicioso repete-se no que diz respeito à relação entre uma obra particular e a personalidade e evolução do autor; encontramos novamente este círculo vicioso quando entramos em consideração com a relação entre a obra e o género literário a que pertence. Foi na *Introdução à República de Platão* que Schleiermacher, na prática, melhor resolveu esta dificuldade, e nos apontamentos da suas conferências sobre exegese encontro outros exemplos do mesmo método. Começava com uma sinopse do plano, que se podia comparar a uma leitura ligeira, abarcava a conexão inteira às apalpadelas, esclarecia as dificuldades e parava em todas as passagens que permitissem entrever a composição. Só então começava a interpretação propriamente dita. En-

⁸ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 32.

⁹ DILTHEY, Wilhelm. *Origens da hermenêutica*. In: *Textos de Hermenêutica*. Org. Rui Magalhães. Trad.

contramos aqui os limites teóricos de toda a explicação; damos-nos conta de que a exegese só pode desempenhar a sua tarefa até certo ponto. Toda interpretação é, pois, relativa e sempre imperfeita. Individuum est ineffabile.¹⁰

Essa perspectiva nos leva a concluir que Dilthey não só aderiu às concepções trazidas por Schleiermacher, como também direcionou o problema da compreensão para investigação epistemológica das ciências humanas.

Inicialmente, o filósofo traçou uma distinção básica entre as ciências naturais e as ciências do espírito (humanas), demonstrando que as ciências naturais têm como objeto a explicação dos fatos externos ao homem, enquanto as ciências do espírito têm como objeto a compreensão da vida humana.¹¹

Diante dessa distinção, Dilthey passa “a procurar uma resposta à sua questão, qual seja: como a experiência histórica pode se converter em ciência?”.¹² Em outras palavras, propõe que a função da hermenêutica evolua de uma mera técnica de interpretação para um método que possibilite a validade universal da interpretação histórica,¹³ assim como foram reconhecidas as explicações puramente racionais das ciências naturais. Nessa mesma linha de raciocínio, pondera Gadamer, em sua obra intitulada *Hermenêutica em Retrospectiva*:

As ciências humanas tiveram de sobreviver à confrontação com a esquemática construtiva da dialética hegeliana. Foi o despontar da consciência na era do romantismo que entregou o peso filosófico aos aspectos filosóficos das ciências histórico-filológicas.¹⁴

Constata-se, pois, que o fator histórico é questão central na filosofia diltheyana. Isto porque a palavra proferida ou escrita, que é a expressão de uma

¹⁰ Ibidem.

¹¹ INWOOD, Michael. *Hermenêutica. Crítica Revista de Filosofia*. 2007. Disponível em: <<http://criticanarede.com/hermeneutica.html>>. Acesso em: 27 jun. 2011.

¹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 339.

¹³ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 32.

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Perspectiva*. Trad.: Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, Vol. II, p. 162.

ideia ou de um fato, inevitavelmente se distancia da ideia originária. Ou seja, no momento da acepção do texto, parte do sentido inicial da ideia se perde.¹⁵

Daí se chega à completude do significado do círculo hermenêutico em Dilthey. As ações humanas — ou objetivações do espírito —, devem ser compreendidas em partes, mas sempre ligadas à consciência histórica do intérprete, para que seja possível atingir a fiel intenção que guiou o autor e, por consequência, a compreensão do todo.

Conclui-se, portanto, que a concepção do círculo hermenêutico, em Schleiermacher e em Dilthey, representa uma tentativa dos filósofos em estabelecer uma metodologia para compreensão universal do conhecimento humano no campo das ciências do espírito. Nesse sentido, descreva-se as considerações feitas por Nazaré do Socorro Conte Ferreira:

As teorias hermenêuticas desenvolvidas por Schleiermacher e Dilthey possuem natureza metodológica, no sentido de proporem a observância de procedimentos normativos para apreensão do sentido de uma obra cultural. Com esta conotação a hermenêutica é objeto de análise epistemológica.¹⁶

II.1.3 A hermenêutica como questão ontológica

No campo da hermenêutica filosófica, as teorias de Dilthey e Heidegger têm uma premissa em comum: a atividade interpretativa deve ligar-se aos aspectos do espírito e da vida, com o fim de transcender a literalidade do meio comunicativo.

Ocorre que, embora Heidegger, para construir sua tese, tenha partido das ideias estabelecidas por Dilthey e Schleiermacher, sua teoria ganhou maior profundidade: o intérprete — com os seus pré-juízos e pré-compreensões do mundo — passa a integrar-se ao círculo hermenêutico.

Assim, Heidegger supera os questionamentos meramente epistemológicos das ciências do espírito — a que Dilthey se ocupava —, dando lugar a uma investigação fenomenológica. Neste ponto, Gadamer pondera:

¹⁵ FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 32-34.

¹⁶ FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 34.

Foi somente Heidegger que tomou consciente, de uma maneira geral, a radical exigência que se coloca ao pensamento em virtude da inadequação do conceito de substância para o ser e o conhecimento histórico.

[...] o significado das palavras não pode continuar sendo confundido com o conteúdo psíquico real da consciência, p. ex., com as representações associativas que uma palavra desperta. Intenção de significado e cumprimento de significado fazem parte essencialmente da unidade do significado, e, tal qual os significados das palavras que usamos, todo ente que possua validade para mim possui, correlativamente, e com necessidade essencial, uma generalidade ideal dos modos reais e possíveis das coisas dadas serem experimentadas. Com isso é que se ganhou a ideia de “fenomenologia”, ou seja, a desvinculação de toda suposição do ser e a investigação dos modos subjetivos de estarem dadas as coisas, fazendo-se disso um programa universal de trabalho, o que teria que tornar compreensível toda a objetividade, todo o sentido do ser.¹⁷

Constata-se, portanto, que a hermenêutica em Heidegger perde seu conteúdo científico e metodológico, uma vez que a compreensão — elemento central da atividade interpretativa —, para ele, deve ser vista como uma questão existencial — anterior a qualquer ato do ser —¹⁸, ao invés de simples ato cognitivo externo ao mundo.¹⁹

Em outras palavras, a filosofia heideggeriana encara o problema da historicidade — de Dilthey e Schleiermacher — como uma forma de compreensão do ser, e não como um modo de compreensão do mundo externo a ele. A hermenêutica passa a ser, portanto, uma questão ontológica.

Segundo Gadamer, a tese de Heidegger parte na premissa fundamental de que “o próprio ser é tempo”.²⁰ Esse ser tido como elemento central da compreensão é chamado de *Dasein* (ser-aí) — concepção do que é o homem.

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 371-372.

¹⁸ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997, pg. 176.

¹⁹ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 34.

²⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 389.

Com efeito, Heidegger considera que o intérprete deve ter como pressuposto da atividade interpretativa a consciência de quem ele é no mundo — inclusive, interpretando a si mesmo —, de tal sorte que a interpretação das palavras só se validaria se confrontadas com as concepções do próprio intérprete.

Sobre o Dasein, descreva-se a lição de Eduardo Bittar, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

O ser-no-mundo carrega esta experiência do estar-aí (Dasein) da qual não pode se desvincular; não posso desvincular minha concepção-de-mundo, pois ela já é determinada pela minha história-de-mundo, da qual não posso me alhear. As condições existenciais (ek-sistere, estar aí) em que sou posto determinam também as condições com as quais interpreto e con-vivo com o mundo. A existência ou não dos “pré-conceitos” na determinação de todo o sentido apreendido do mundo não depende da vontade humana. Os “pré- conceitos” existem, no sentido deste estar-aí contra o qual não se pode lutar, e estão presentes na avaliação de cada peça de nossa interação com o mundo. A vontade pode dizer não e renunciar aos “pré-conceitos”, mas esta é já uma postura claramente carregada de “pré-conceitos” e de tomadas de posição próprias de um sujeito histórico e gravado por uma experiência peculiar.²¹⁶³

Ora, se a interpretação se funda na compreensão e as coisas do mundo estão presentes para que o homem lhes dê significado, é imprescindível, portanto, que a compreensão parta do próprio ser para que, só então, seja atribuído um significado ao objeto por ele interpretado.²²

Enfim, o que pretendemos destacar na teoria de Heidegger, é que, no processo de compreensão, o intérprete, as suas concepções sobre o mundo e as suas experiências de vida são revisadas, questionadas e confrontadas com as do autor no decorrer da atividade interpretativa, tornando-se, portanto, parte integrante do círculo hermenêutico.

²¹ BITTAR, Eduardo. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: *Hermenêutica Plural*. Orgs. Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 184-185.

²² FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 36.

II.2 Percepções preambulares acerca da hermenêutica filosófica gadameriana

Hans-Georg Gadamer nasceu em Marburgo, Alemanha, no ano de 1900. Entre 1923 e 1928, foi aluno e assistente de Heidegger, de quem herdou as concepções ontológicas e existencialistas que serviram de sustentáculo para o desenvolvimento de sua teoria hermenêutica. Em 1960, publicou *Verdade e Método*, obra que consagrou como principal seguidor da linha da hermenêutica filosófica. Gadamer representa verdadeiro divisor de águas no estudo da hermenêutica, não só por ter demonstrado a superação definitiva do positivismo nas ciências humanas, mas, principalmente, por elevar a hermenêutica como fator de determinação do mundo social.

Do esboço propedêutico feito no primeiro capítulo deste estudo, é possível concluir que, de um modo geral, o estudo da hermenêutica jurídica foi gradativamente se afastando de uma metodologia rígida e lógico-formalista — após incansáveis tentativas de se instituir um método universal de interpretação. Gadamer parte, então, da sólida premissa de que as ciências sociais não são redutíveis a métodos lógicos, rígidos, capazes de definir os fenômenos sociais a partir de operações de causa e consequência.

Defende, ainda, seguindo a linha de pensamento preconizada por Heidegger, ser inócua a pretensão de se interpretar o mundo de fora, separando o intérprete do objeto a ser interpretado, como é comum nos métodos de investigação das ciências naturais. Isso porque interpretação e compreensão se confundem, ou melhor, a interpretação se realiza através de um processo circular de compreensão, sendo que a compreensão — ao menos a inicial — vem contaminada pelas experiências de vida do intérprete, pela cultura e pela tradição, formando uma carga de subjetividade que torna o sujeito inseparável do objeto.

Nesse sentido, a hermenêutica filosófica gadameriana não se presta a investigar a funcionalidade da interpretação em sistemas relativamente fechados — dentro do âmbito de aplicação das leis, por exemplo –, assim como fizeram as escolas dogmáticas citadas no primeiro capítulo. Gadamer, ao contrário disso, ultrapassa essa visão metodológica tradicional, estabelecendo um problema universal, onde a hermenêutica figura como elemento inerente à totalidade da experiência humana, de tal forma que todo homem passa a ser um hermeneuta.²³

²³ ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997, p. 170.

II.3 O aspecto universal da hermenêutica gadameriana no fio condutor da linguagem

Para Gadamer, a compreensão representa elemento de integração do ser no mundo. Essa compreensão não é, contudo, voltada à epistemologia, afigurando simples ferramenta de acesso às ideias — como se o intérprete pudesse se dissociar do objeto interpretado. É, na realidade, elemento ontológico que permite ao ser posicionar-se no mundo, já que compreensão inicia-se pelo próprio autoconhecimento do intérprete.

Desse modo, absorvendo as reflexões de Schleiermacher, Dilthey e Heidegger, Gadamer elabora uma teoria filosófica da compreensão que tem como fio condutor a tradição e o caráter ôntico da vida,²⁴ com o intuito de averiguar a verdadeira experiência da interpretação.²⁵ A hermenêutica filosófica parte, então, de uma estrutura prévia de compreensão,²⁶ representada pela carga histórica que o sujeito carrega consigo e que o permite interpretar o mundo. Heidegger afirma, inclusive, que “o mundo já compreendido se interpreta.”²⁷

Nessa esteira de raciocínio, Gadamer entende que o processo de compreensão se dá pelo diálogo entre o velho e novo, pela tradição e pelo inédito, de tal forma que os pré-juízos do intérprete são imprescindíveis para o processo hermenêutico.

Sucedem que os processos de construção do conhecimento humano, notadamente a hermenêutica, só se viabilizam e se concretizam por meio da linguagem. O ambiente lingüístico possibilita o transporte não só do conhecimento concreto positivado, mas também de toda carga simbólica histórica e cultural construída socialmente.²⁸ Acerca da importância da linguagem para a concepção dos fenômenos mundanos e para a própria compreensão ontológica, transcreva-se trecho de Verdade e Método:

²⁴ FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 40.

²⁵ TESTA, Edimarcio. *Hermenêutica Filosófica e História*. Passo Fundo: Editora UFP, 2004, p.49.

²⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 354.

²⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 5.ed. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1995, Parte I, p. 205.

²⁸ SIMON, Henrique Smidt. Constitucionalismo e abertura constitucional: o debate Habermas-Gadamer e as limitações da tradição como modelo para pensar o direito. *Revista Direito Estado e Sociedade* n. 36. (PUC- RJ), p. 75.

A linguagem não é somente um dentre os muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham o mundo, nela se representa o mundo. Para o homem o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar aí no mundo é constituído pela linguagem. Esse é o verdadeiro coração de uma frase que Humboldt exprime com uma intenção bem diferente, a saber, que as línguas são concepções de mundo. Com isso, Humboldt quer dizer que, frente ao indivíduo que pertence a uma comunidade de linguagem, a linguagem instaura uma espécie de existência autônoma, e quando este se desenvolve em seu âmbito, ela o introduz numa determinada relação e num determinado comportamento para com o mundo.²⁹

Noutro giro, é também a capacidade de comunicação, materializada pela linguagem, que possibilita o debate em busca da verdade. Assim, segundo Gadamer, “a linguagem é o meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa”.³⁰ Nessa perspectiva, Gadamer considera que a linguagem se desvincula do interlocutor ao desvendar novos conceitos ou novas perspectivas. A linguagem não é, portanto, elemento meramente comunicativo, de caráter instrumental, mas sim o próprio conhecimento materializado. Leia-se, nesse sentido interessante reflexão que Gadamer faz acerca da autonomia da linguagem:

Costumamos dizer que “levamos” uma conversa, mas na verdade quanto mais autêntica uma conversação, tanto menos ela se encontra sob a direção da vontade de um outro dos interlocutores. Assim a conversação autêntica jamais é aquela que queríamos levar. Ao contrário, em geral é mais correto dizer que desembocamos e até que nos enredamos numa conversação. Como uma palavra puxa a outra, como a conversação toma seus rumos, encontra seu curso e deu desenlace, tudo isso pode ter algo como uma direção, mas nela não são os interlocutores que dirigem; eles são os diri-

²⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 571-572.

³⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, 497.

gidos. O que “surgirá” de uma conversação ninguém pode saber de antemão. O acordo ou o seu fracasso é como um acontecimento que se realizou em nós. Assim, podemos dizer que foi uma boa conversação, ou que os astros não foram favoráveis. Tudo isso demonstra que a conversação tem seu próprio espírito e que a linguagem que empregamos ali carrega em si sua própria verdade, ou seja, “desvela” e deixa surgir algo que é a partir de então.³¹

Em uma perspectiva mais ampla, a capacidade de comunicação reproduz a experiência mundana, levando-se em conta que a produção da linguagem é que permite o desempenho da compreensão.

Com relação à hermenêutica gadameriana, especificamente, a linguagem representa também a força propulsora do círculo hermenêutico. Isso, porque os pré-juízos do intérprete (que correspondem ao elemento da tradição) só passam a interagir com o texto ou com o parceiro de diálogo, por exemplo, quando existir o meio material da linguagem. Sem ela, o intérprete se prende às suas percepções momentâneas, estagnando-se no conformismo.

De outro lado, a capacidade de comunicação permite ao intérprete hermeneuta dialogar com a referência fixa estabelecida pela linguagem e, por meio desse movimento circular de reinterpretação, permite a criação de novos horizontes de compreensão.

No âmbito jurídico, diga-se de passagem, a importância da linguagem torna-se ainda mais sensível. A norma positivada em formato textual — que, segundo Gadamer, é o formato em que “a consciência compreensiva alcança sua plena soberania”³² — passa do campo da compreensão para o campo do dever ser. Desse modo, a atividade de interpretação e aplicação da norma (hermenêutica jurídica) afigura como autêntico modo de construção do Direito e, consequentemente, de adaptação às constantes modificações sociais, às quais a norma engessada, na sua pura literalidade, não sensibilizaria.

Inclusive, essa reflexão é suma importância no contexto deste estudo, pois evidencia o elo entre a hermenêutica e o Direito (e a questionável ligação entre hermenêutica filosófica e Direito) e, sobretudo, evidencia o papel da hermenêu-

³¹ Ibidem.

³² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 506.

tica na abertura da jurisdição constitucional, conforme será tratado mais adiante. A esse respeito, transcreva-se lição de Castanheira Neves:

“[...] o Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o Direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõe-se sê-lo numa linguagem e atinge-nos através dessa linguagem, que é.”³³

Feito esse adendo, voltemos à abordagem das concepções de Gadamer acerca do papel da linguagem para o estudo da hermenêutica.

Embora Gadamer defenda que a linguagem seja a fonte direta da compreensão e da experiência humana, ele não ignora o seu aspecto especulativo. Pelo contrário, Gadamer reconhece que a linguagem representa apenas o “rastro de finitude”³⁴ de nossa experiência histórica, justamente por estar em constante formação e desenvolvimento.

Assim, avança afirmando que é justamente essa instabilidade das estruturas humanas de linguagem que contrariam o dogmatismo do cotidiano e que permitem a experiência hermenêutica.

Em outras palavras, Gadamer entende que é a especulação que permite o jogo de perguntas e respostas entre o sujeito e objeto, no qual o intérprete realiza o confronto dos seus pré-juízos com o objeto a ser compreendido. Sobre o caráter especulativo da linguagem, cumpre destacar a seguinte reflexão feita por Gadamer, em *Verdade e Método*:

É claro que a interpretação deve começar por algum ponto. No entanto, seu ponto de partida não é arbitrário. Na realidade não se trata de um começo real. Já vimos como a experiência hermenêutica implica sempre o fato de que o texto que se deve compreender fala a uma situação determinada por opiniões prévias. Isso não é uma desfocagem lamentável que impeça a pureza da compreensão, mas a condição de sua possibilidade, que caracterizamos como situação hermenêutica. É só porque entre aquele que compreende e seu

³³ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Metodologia jurídica. Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editores, 1993, p. 90.

³⁴ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 590.

texto não existe uma concordância evidente e natural que se pode participar, no texto, de uma experiência hermenêutica. É só porque é preciso tirá-lo de sua estranheza, através da apropriação, que um texto como tal tem algo a dizer para aquele que busca entender. Somente porque o exige é que o texto chega à interpretação a apenas como ele o exige. O começo aparentemente thético da interpretação é, na verdade, resposta, e, como toda resposta, também o sentido da interpretação se determina a partir da pergunta que se colocou. Assim, a dialética de pergunta e resposta sempre precedeu a dialética da interpretação. É aquela que determina a compreensão como um acontecer.

Diante dessa rápida abordagem, denota-se que Gadamer exalta a importância da comunicação como fio condutor da sua teoria hermenêutica, a caminho de uma filosofia metafísica. Como já se comentou, o filósofo parte da premissa elementar de que o meio para compreensão do mundo social (por meio da tradição) é a linguagem, que permite as mais diversas formas de interação do conhecimento humano, onde tudo pode fazer sentido.

Assim, ao entender que a compreensão se dá em função do poder de disposição (exteriorização) do conhecimento, Gadamer confere a sua teoria hermenêutica uma pretensão universal. Nesse sentido, assevera:

Também a consciência histórica incluía, na verdade, a mediação entre passado e presente. Ao reconhecer o caráter de linguagem como o médium universal dessa mediação, nosso questionamento ultrapassou seus pontos de partida concretos, a crítica à consciência estética e histórica, e a hermenêutica que deveria ocupar seu lugar, adquirindo a dimensão de um questionamento universal. Pois a relação humana com o mundo tem o caráter de linguagem de modo absoluto, sendo portanto compreensível igualmente de modo absoluto. Nesse sentido, como vimos, a hermenêutica é um aspecto universal da filosofia e não somente a base metodológica das chamadas ciências do espírito.³⁵ [grifo nosso]

³⁵ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 613.

Portanto, para Gadamer, a construção do mundo continua se dando “sempre que queremos dizer-nos algo uns aos outros”,³⁶ uma vez que a linguagem produz a concretização universal do pensamento.

Com efeito, nada pode ser admitido como existente sem a utilização de um sinal comunicativo para expressar seu sentido. Pode-se dizer, portanto, que toda a racionalidade se funda no discurso e todo discurso, necessariamente, esconde uma carga de historicidade que envolve seu interlocutor — daí a pretensão de universalidade da hermenêutica gadameriana.

II.4 Tradição e circularidade

Contrapondo-se aos iluministas — que elegeram a razão como único meio de acesso à verdade —³⁷, Gadamer funda toda sua teoria na concepção de que o intérprete carrega consigo uma inegável carga de historicidade. Desse modo, a visão que temos do mundo é diretamente circunscrita às nossas experiências de vida.

Esse entendimento decorre da perspectiva de que a razão, dissociada da ontologia (ou o sujeito intérprete separado do objeto a ser interpretado), é insuficiente para mensurar as subjetividades e as cargas simbólicas que acompanham o conhecimento humano.

Um discurso, por exemplo, possui muito mais que a sua mensagem literal. Possui também ideologia, cultura, tradição e intersubjetividade, dentre outros elementos que compõem a experiência metafísica.³⁸

Nesse sentido, o sujeito intérprete, para Gadamer, deve, antes de tudo, inserir-se no mesmo plano de seu objeto de interpretação, fazendo com que seus pré-juízos interajam, experimentem e dialoguem com os elementos apresentados pela linguagem, em um movimento circular.

³⁶ ———, Hans-Georg. Verdade e Método. Complementos e índice. Trad. Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2002, p. 269.

³⁷ FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 40.

³⁸ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 455. .

Assim, o círculo hermenêutico tem como ponto nevrálgico a ideia de que a tradição é forma autêntica de preservação do saber e, por isso, deve ser revitalizada constantemente.³⁹

E não só isso. No contexto da hermenêutica gadameriana, a tradição é, sobretudo, o elemento de fluência da comunicação, já que permite a constante confrontação do passado com o futuro, do velho com o novo, pondo à prova, a todo o momento, os pré-juízos do intérprete. Nesse sentido, Gadamer considera o seguinte:

Essas considerações nos levam a indagar se na hermenêutica das ciências do espírito não devemos restabelecer de modo fundamental o direito do elemento da tradição. A investigação das ciências do espírito não pode ver-se a si própria em oposição pura e simples ao modo como nos comportamos com respeito ao passado na nossa qualidade de seres históricos. Em nosso constante comportamento com relação ao passado, o que está realmente em questão não é o distanciamento nem a liberdade com relação ao transmitido. Ao contrário, encontramos-nos sempre inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado como estranho ou alheio; trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmos no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição.⁴⁰

Dessa forma, os prejuízos (ou preconceitos) do intérprete afiguram como verdadeira condição para interpretação, na medida em que somente o ser inserido na tradição é capaz de assimilar a carga simbólica acompanhada do objeto da linguagem.

Segundo Gadamer, “não podemos falar de um ‘objeto em si’”,⁴¹ uma vez que o objeto a que se orienta a investigação não se sustenta como elemento isolado, nem pode ser compreendido na sua completude, já que, na realidade, ele sempre estará vinculado a uma investigação histórica, com a qual nunca se chegará a uma compreensão final e completa.

³⁹ FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 40.

⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 376.

⁴¹ Ibidem, p. 378.

Inclusive, essa ideia de revitalização da tradição é bem ilustrada por Gadamer por meio da metáfora da fusão de horizontes. Segundo ele, o horizonte do intérprete é o campo de visão que este possui no momento de certa investigação e que marcará o alcance da compreensão — sempre em função dos preconceitos acerca do que ele pretende compreender.

Essa representação se torna mais perceptível quando, por exemplo, nos propomos a ler um texto, e deste texto pretendemos buscar uma compreensão até então inédita sobre certo tema. Inicialmente, temos uma ideia preconcebida ou um “projeto preliminar”⁴² daquilo que será investigado. Assim, ao longo da leitura, nossos preconceitos são automaticamente confrontados com os elementos trazidos pelo texto e, a partir de sucessivos exercícios de ligação entre o que já sabemos e o que não sabemos, começamos a confirmar os sentidos da linguagem. Ou seja, durante essa leitura hipotética, passamos a dialogar com as partes do texto a fim de compreender um possível sentido do todo.

Sendo assim, a partir do marco de consciência que o intérprete tem de si mesmo e do mundo, ele coloca a prova seus preconceitos, dialogando com objeto de compreensão e, a partir de então, passa a ter um novo horizonte (uma nova situação histórica) e uma nova compreensão sobre aquilo que buscava interpretar. De acordo com Gadamer:

Partíamos então do fato de que uma situação hermenêutica está determinada pelos preconceitos que trazemos conosco. Estes formam o horizonte de um presente, pois representam aquilo além do que já não conseguimos ver. No entanto, importa manter-nos afastados do erro de pensar que o que determina e limita o horizonte do presente é uma acervo fixo de opiniões e valores, e que a alteridade do passado se destaca desse presente como de um fundamento sólido.

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados pôr constantemente à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si

⁴² FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 42.

mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e da ingenuidade de sua relação com sua época e com suas origens. A vigência da tradição é o lugar onde essa fusão se dá constantemente, pois nela o velho e o novo sempre crescem juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explícita e mutuamente.⁴³ (grifos nossos)

Diante da fusão de horizontes, a hermenêutica se opera de forma a abrir o horizonte do intérprete ao horizonte do objeto interpretado. Essa abertura, na perspectiva do círculo-hermenêutico, é a autêntica compreensão.

Conclui-se, portanto, que a estrutura da compreensão em Gadamer se dá por meio da dinamicidade da história, de tal forma que a razão sempre estará vinculada à tradição.

⁴³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 404-405.

O DEBATE GADAMER-HABERMAS: TRADIÇÃO VERSUS EMANCIPAÇÃO

III.1 Alguns pontos relevantes da crítica de Habermas acerca da hermenêutica filosófica gadameriana

Ao contrário de Gadamer, Habermas “não deixa de estudar o Direito de forma explícita”,¹ embora o faça dentro da perspectiva da Filosofia. Pode-se dizer que o filósofo aderiu a algumas das concepções inseridas na teoria hermenêutica filosófica gadameriana, notadamente, ao giro hermenêutico-linguístico.

Em linhas gerais, os principais temas que ocuparam os estudos de Habermas foram a modernidade, a exemplo de seu mestre Theodor Adorno; a razão, precipuamente a partir da a Teoria do Agir Comunicativo; e a democracia, principal aspecto deste estudo.²

Partindo das bases teóricas de Marx, Lukács, Freud, Weber e Adorno,³⁸⁸ Habermas rompe com as concepções de que a modernidade e a razão estariam envolvidas em um constante processo de alienação em massa, a partir de mecanismos de manutenção do poder. Assim, desenvolve sucessivas investigações a fim de formular uma nova concepção de razão, sobretudo, desmascarando a ideia de que a racionalidade moderna estaria falida, diante da sua finalidade exclusivamente instrumental.

A partir de suas inquietações acerca dos referenciais teóricos trazidos pela Escola de Frankfurt, Habermas dedica-se, então, a ultrapassar os limites da dita razão instrumental — que teoricamente desestimulavam o avanço da ciência —, por um novo conceito, chamado de razão comunicativa.⁴ É neste ponto, cumpre frisar, que o diálogo estabelecido entre Gadamer e Habermas encontra seu

¹ ENCARNAÇÃO, João Bosco da. Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997, p. 14.

² ARAGÃO, Lucia. Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 64.

³ Ibidem, p. 48.

⁴ Ibidem.

primeiro e maior elo: a linguagem, imagem do mundo “articulada linguisticamente”.⁵⁹⁰ Assim como Gadamer, Habermas enaltece a comunicação como forma de processamento da razão, embora acabe fazendo uma série críticas à obra Verdade e Método.

Com efeito, o filósofo alemão substitui o paradigma da consciência — que trata o sujeito de forma isolada — pelo paradigma da intercompreensão.⁶⁹¹ Significa dizer que, diferentemente de Gadamer, Habermas tenta revitalizar a razão a partir do diálogo intersubjetivo, no qual pares buscam a verdade de forma direcionada. Na sua concepção, a racionalidade é concebida pelo diálogo, pois ultrapassa a posição individualista impositiva da tradição, para, através de processos de depuração crítica, atingir um consenso e permitir o entendimento.

Nessa esteira de raciocínio, Habermas desenvolve a Teoria do Agir Comunicativo, por meio da qual estabelece que apenas o rastro da comunicação permite a coordenação das ações existentes em um grupo social e que somente pelo fio condutor da linguagem — “espécie de meta-instituição, da qual dependem todas as instituições sociais”⁷⁹² — é possível estabelecer ações estratégicas e proposições criticáveis. Desse modo, considera o seguinte:

Na notável ambivalência entre convencer e persuadir, da qual o consenso produzido retoricamente não se livra, mostra-se não apenas o momento da força (Gewalt), que até nos dias de hoje não foi apagado dos processos de formação da vontade, mesmo quando se apresentam em forma de discussão. Antes, aquela ambigüidade é um indício de que questões práticas só podem ser decididas dialogicamente e por isso permanecem presas ao contexto da linguagem corrente. Decisões motivadas racionalmente só se formam sobre a base de um consenso que é produzido pelo discurso convincente, e isto quer dizer: na dependência dos meios adequados, ao mesmo tempo cognitivos e expressivos da exposição em linguagem corrente.⁸⁹³

⁵ ENCARNANÇA, João Bosco da. Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997, p. 90.

⁶ STIELTJES, Claudio. Jürgen Habermas. A Desconstituição de uma teoria. Germinal Editora, 2001, p. 51.

⁷ HABERMAS, Jürgen. Dialética e hermenêutica. Para crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987, p. 21.

⁸ Ibidem, 1987, p. 30-31.

Significa dizer, na perspectiva do Direito, que as normas (como elemento da linguagem) mediam e regulam o agir social e que esse agir deve ser, necessariamente, concebido pela intersubjetividade. Nesse sentido, expõe o Professor João Bosco da Encarnação:

(...) um agir regulado por normas, leva em conta que as normas exprimem um entendimento existente em um grupo social. Poderíamos dizer que a lei é um meio de comunicação, o que supõe sujeitos isolados. Na circunstância do agir comunicativo, portanto, interpretar é concordar com definições de situações suscetíveis de consenso. O agir regulado por normas é precedido pelo agir estratégico ou teleológico e seguido pelo agir dramático. A validade da norma assim se dá: é reconhecida válida ou justificada pelos destinatários. Por outro lado, o modelo de ação comunicativa pressupõe a linguagem como um 'médium' de compreensão e entendimento, sendo que no agir comunicativo interpretar constitui o mecanismo de coordenação das ações. Portanto, o que é aceito como verdadeiro não passa de convenção.⁹⁴

Foi nesse contexto, a partir do marco teórico do agir comunicativo, que Habermas passou a construir sua crítica à hermenêutica filosófica gadameriana, que recai em dois pontos centrais: a universalidade e a tradição.

Tem-se, de um extremo ao outro, da mitologia à filosofia contemporânea, que a hermenêutica passou de uma simples técnica de leitura, — conforme se ilustrou no primeiro capítulo —, para, em Gadamer, representar a intermediação de todo o conhecimento, “como um elemento em si ilimitado portador de tudo, e não apenas da cultura transmitida através da linguagem. Gadamer evoca as palavras de Platão, de que quem observar as coisas no espelho dos discursos as descobrirá em sua verdade plena e integral — ‘no espelho da linguagem se reflete tudo o que é’”.¹⁰

Ocorre que, para Habermas, essa pretensão de universalidade que Gadamer confere à sua teoria faz com que a hermenêutica se renda às incertezas

⁹ ENCARNÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997, p. 90-91.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*. Para crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987, p. 36.

da metafísica. Todavia, essa crítica não representa uma posição radical, a depor contra a importância da hermenêutica para as ciências do espírito, sobretudo para o Direito. Parece-nos mais uma ponderação no sentido de que essa pretensão de universalização faz com que a hermenêutica se torne uma “ciência” meramente compreensiva ¹¹96, portanto, esvaível, quando, na realidade, deveria cumprir seu papel de construção de consensos, por meio da razão. Segundo Habermas, em *Dialética e Hermenêutica*, “ela não pode tornar sem efeito (*ungeschehen*) o evento *Geschehen*) que ela é”. ¹²

Com efeito, Habermas não admite que todo o conhecimento seja concebido somente a partir de uma compreensão ontológica e histórica, onde o intérprete apenas contemple o mundo. Isso implicaria, talvez, na consagração do “ser”, em detrimento do “dever ser” ¹³. Nesse sentido:

A experiência de Hegel da reflexão encolhe-se, reduzindo-se à consciência de que estamos entregues a um evento (acontecer) no qual, irracionalmente, as condições da racionalidade se alteram segundo tempo e lugar, época e cultura.

A auto-reflexão hermenêutica só se descaminha para este irracionalismo, contudo, quando ela absolutiza a experiência hermenêutica e não reconhece a força de transcender da reflexão, que também trabalha nela. A reflexão não pode mais, certamente, ultrapassar-se rumo a uma consciência absoluta que ela mesma pretenderia então ser. ¹⁴

Na concepção habermasiana, a hermenêutica filosófica proposta por Gadamer — pela qual as concepções do intérprete vão se sobrepondo repetidamente, a caminho da compreensão, em um movimento circular —, é incompatível com a sua proposta de um agir comunicativo, uma vez que a tradição sempre exercerá influência autoritária no processo comunicativo. A esse respeito, Habermas considera o seguinte, em *Dialética e Hermenêutica*:

¹¹ ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997, p. 170

¹² HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*. Para crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987, p. 20.

¹³

¹⁴

Mas mesmo a modificação das inevitáveis antecipações não quebra a objetividade da linguagem frente ao sujeito falante: ao ser assim ensinado ou corrigido, este apenas desenvolve uma nova pré-compreensão, que novamente o orientará no próximo passo hermenêutico. É isto que quer dizer a frase de Gadamer: “a consciência histórico-real é de maneira insuperável, mais ser do que consciência.”¹⁵¹⁰⁰

Para o filósofo, conceber a racionalidade exclusivamente pelo critério da tradição é impedir a introdução do elemento de ponderação axiológica, fundamental para hermenêutica, pois permite a crítica e a reflexão, como condição de ultrapassar da posição individualista impositiva para alcançar um critério de verdade.

Habermas defende que a reflexão é o ponto central de guinada pragmático-linguística. Ele quer revitalizar a função da razão a partir do diálogo intersubjetivo, partindo da premissa de que a racionalidade se dá por meio da formação de consensos, após a fixação de dissensos.

Dessa forma, Habermas defende que somente um afastamento do sujeito-intérprete do objeto interpretado, de forma analítica, permitiria a inserção da razão crítica no processo hermenêutico. Assim sendo, o filósofo herdeiro da Escola de Frankfurt denuncia que a hermenêutica filosófica, tal como proposta por Gadamer, não suporta os elementos objetivos que estruturam a realidade social, uma vez que não apresenta critérios de depuração da tradição e dos preconceitos.¹⁶

III.2 O confronto entre as teses substancialista e procedimentalista

Após a Segunda Guerra, foi inserido no ordenamento das mais diversas nações — incluindo-se o Brasil — o conceito de “constitucionalismo-dirigente”,

¹⁵ Ibidem, p. 29-30.

¹⁶ SIMON, Henrique Smidt. Constitucionalismo e abertura constitucional: o debate Habermas-Gadamer e as limitações da tradição como modelo para pensar o direito. Revista Direito Estado e Sociedade n. 36. (PUC- RJ), p. 81.

que representou um movimento de positivação dos direitos “sociais-fundamentais”, em razão da crise mundial.¹⁷

Nesse contexto, tendo em vista a nova ordem constitucional “garantista”, o Poder Judiciário passou a exercer um novo papel político dentro das relações dos poderes do Estado, para além da mera função de pacificação social através de resoluções de conflitos. Isto posto, o atual debate estabelecido entre as correntes substancialista e procedimentalista, envolve, em traços gerais, “a análise das condições da gênese e da legitimação do direito”¹⁸ em defesa da democracia. Nesse sentido, leciona Lênio Streck:

Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentalistas, e, do outro, as teorias materiais-substancialistas. Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional. A toda evidência, as teses materiais colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição-democracia; para os procedimentalistas, entretanto, isso enfraquece a democracia, pela falta de legitimidade da justiça constitucional.¹⁹¹⁰⁴

No ponto de vista da hermenêutica, a corrente substancialista encontra em Gadamer seu maior respaldo teórico, uma vez que a atividade interpretativa e construtiva de sentidos prescinde da inserção do intérprete no ambiente social em que ele vive. Desse modo, na perspectiva substancialista, o juiz deve interpretar e realizar o Direito levando em conta as necessidades da sociedade e cumprindo a ordem dada pela razão fundada na tradição. Gadamer, inclusive, faz a seguinte consideração em *Verdade e Método*:

¹⁷ STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 43.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. Volume II*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997, p. 9.

¹⁹ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80-81.

Nosso saber a cerca do direito e dos costumes sempre será complementado e até determinado produtivamente a partir do caso particular. O juiz não só aplica a lei in concreto, mas colabora ele mesmo, através de sua sentença, para evolução do direito (direito judicial).²⁰¹⁰⁵

Nesse sentido, sustenta a corrente substancialista que o Poder Judiciário tem a missão e o (super) poder de concretizar e garantir direitos subjetivos, assumindo, segundo Streck, o papel “de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no Direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como o de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente”.²¹

Parte-se da ideia de que o Direito, através do Poder Judiciário, precisa cumprir seu papel transformador de promoção de direitos fundamentais, não podendo, portanto, ficar refém dos limites processuais-procedimentais do seu próprio ordenamento e, ainda, consentir com as omissões do Executivo e do Legislativo no cumprimento de suas respectivas missões constitucionais.²²¹⁰⁷ Tem-se, portanto, que os substancialistas enaltecem o conteúdo material e o espírito da Constituição, dando menor importância às suas estruturas procedimentais.

Feitas essas considerações, convém refletir que, em um caso hipotético, diante de uma demanda que envolva o reconhecimento de um direito fundamental, o juiz materialista provavelmente assumirá uma postura intervencionista, levando em conta a função teleológica do Direito e o espírito da constituição, embora, eventualmente, a legislação aplicável ao caso aponte para o sentido contrário.

Bem vistas as coisas — e aqui se inicia a crítica procedimentalista — essa visão materialista, romântica, acaba gerando efeito diametralmente oposto ao

²⁰ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 79.

²¹ STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 42.

²² STRECK, Lênio. Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81-82.

pretendido, pois contribui para a “autonomização de um poder ilegítimo”²³¹⁰⁸, portanto, antidemocrático, e, ainda, para uma gradual heteronomia do Direito.

Expoente da corrente procedimentalista, Habermas tem a legitimidade democrática como núcleo do paradigma procedimentalista do Direito. Para o filósofo alemão, é inaceitável que o Poder Judiciário atribua para si a responsabilidade de exercer a vontade do povo ilimitadamente, sob o pretexto de promoção de direitos sociais-fundamentais.

Com efeito, Habermas entende que a hermenêutica é uma ferramenta de tomada de decisões que não pode ser utilizada para estabelecer uma posição hegemônica sem uma estrutura teórica que a justifique. Ou seja, o discurso jurídico deve se submeter à ordem democrática, seguindo critérios de validade, não podendo fazer às vezes de um discurso político, ao sabor de circunstâncias e dramaticidades momentâneas. Nas palavras de Lênio Streck:

Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”.²⁴

Para melhor ilustrar esse cotejo entre as teses substancialista e procedimentalista, passamos a analisar um caso emblemático²⁵, citado em Verdade e Consenso, diante do qual Streck reafirma sua posição substancialista.

O caso foi narrado, pelo autor, da seguinte forma:

Outra decisão objeto de cerradas críticas é oriunda da Comarca de Joinville (SC), em que o juiz, atendendo a ação civil pública promovida pelo Ministério Público, determinou à municipalidade a criação de 2.948 vagas de ensino fundamental na rede pública de ensino. No caso, a municipalidade havia preferido colocar determinada verba

²³ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. Volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997, p. 173

²⁴ STRECK, Lênio. Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 85.

²⁵ Processo n. 038.03.008229-0, da comarca de Joinville/SC.

em favor de um clube de futebol (Joinville Esporte Clube, que disputava a terceira divisão do Campeonato Brasileiro).
26¹¹¹

Condizente com a postura adotada pelo juiz catarinense, Streck afirma o seguinte:

No caso em questão, não é (nenhum pouco) irrelevante o fato de a verba esta destinada, originalmente, para o clube de futebol. Ao contrário: é essa situação-hermenêutica concreta que baliza a solução, que, acima de tudo, tem como fundamento o art. 205 da Constituição do Brasil, o qual estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, segundo o art. 54, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, §2º, e art. 60 das disposições transitórias da CF). Isso tudo aliado ao fato de que a Constituição estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais (art. 3º). Em síntese, como a norma é sempre o resultado da interpretação do texto e não sendo este apenas um enunciado lingüístico, mas, sim, um evento, o sentido dado ao caso é a síntese hermenêutica, que tem na diferença ontológica a sua condição de possibilidade.

[...] Claro que está em jogo, em decisões desse jaez, o problema dos limites entre a política e o direito, enfim, a discussão acerca da compatibilidade entre a democracia e o constitucionalismo.

[...] Ora, em sede de realização de direitos, da concretização de direitos fundamentais, sempre se estará em face desse dilema. E o problema não é o texto constitucional, recheado de direitos; o problema é que a Constituição do Brasil vige e vale em país no qual os direitos de primeira dimensão ainda não foram atendidos, circunstância que assume foros

²⁶ STRECK, Lênio. Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178.

de dramaticidade no caso dos direitos de segunda e terceira dimensões. Talvez em terrae brasilis o problema esteja no “excesso de faticidade”!²⁷

Em boa verdade, o ativismo judicial prejudica o efeito impositivo da lei parlamentar e usurpa a competência administrativa do Executivo. Por via de consequência, provoca uma gradativa mitigação do princípio da separação dos poderes. Todavia, o ponto nevralgico do embate de teses substancialistas envolve, essencialmente, a força legitimadora da gênese democrática do Direito.

Relativamente ao caso citado por Streck, o juiz da causa ordenou à Prefeitura de Joinville que criasse quase três mil vagas destinadas à rede pública de ensino, fazendo valer a máxima de que a educação é direito de todos e dever do Estado, cumprindo, assim, a ordem imposta pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. À primeira vista e em uma perspectiva exclusivamente axiológica, o magistrado adotou postura escoreita, pois, em tese, garantiu a quase três mil crianças o indispensável direito de acesso à educação.

Todavia, com seria possível, nessa perspectiva, garantir que a verba destinada à educação das quase três mil crianças de Joinville não teria sido mais bem empregada na saúde, enquanto centenas de enfermos estavam reféns do precário sistema público de saúde, em seu leito de morte?²⁸ Certamente, não compete ao juiz catarinense a função decidir quais direitos devem ser priorizados. Esse tipo de intervenção do Judiciário em políticas públicas tem repercussão negativa para a sociedade, devendo ser rechaçada, ainda que sob o pretexto concretização de direitos sociais-fundamentais.

Ora, se, de um lado, a Constituição Federal estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado, do outro, ela institui o orçamento público como instrumento de planejamento do Poder Executivo, no qual são definidas as prioridades políticas de um governo. Isto posto, o Direito deve ser concebido como um todo. Ou seja, na concepção habermasiana, o princípio democrático pressupõe que só podem ser válidas ações que passaram por um

²⁷ STRECK, Lênio. Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178.

²⁸ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. Habermas e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006, p. 140.

processo discursivo dialético de produção de normas jurídicas, o que absolutamente não foi observado pelo juiz catarinense. Nesse sentido, Habermas considera o seguinte:

Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: O princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumento e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito.²⁹

Como se vê, a concepção materialista-substancialista retira da hermenêutica a sua função crítica e seu equilíbrio epistemológico. Desse forma, estar-se-ia produzindo discursos de fundamentação inválida, deixando de prestar contas para os indivíduos, verdadeiros interessados no processo de transformação social.

Segundo Habermas, “a partir do momento em que se criam políticas que não obedecem mais às condições da gênese democrática do direito, perdem-se os critérios que permitiriam avaliá-las normativamente”.³⁰ Significa dizer, em outras palavras, que a democracia não pode ser operada de forma heterônoma, caso a caso, ao sabor do juiz. É esse, inclusive, o significado da Ética do Discurso³¹ defendido por Habermas: garantir que o estado opere a favor da vontade do corpo social, através de um controle racional, impedindo a mencionada “autonomização” de um poder ilegítimo.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. Volume I.* Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003, p. 190-191.

³⁰ ———, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. Volume II.* Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997, p. 171.

³¹ Para Luciana Aragão, a “ética do discurso [habermasiana] parte do estabelecimento de um princípio moral, o princípio de universalização ou U, cuja formulação é a seguinte: Toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitas sem coação por todos os concernidos”. (Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 193)

Tem-se, portanto, que, na perspectiva habermasiana, os discursos de aplicação do Direito devem ser suficiente fundamentados, em consonância com a ordem democrática constitucional e no sentido contrário da hermenêutica metafísica defendida pela corrente substancialista. Nesse cenário, ao hermeneuta habermasiano cumpre a missão precípua de compreensão da constituição, observando sempre um processo de criação democrática do Direito.³²

III.3 Uma proposta de emancipação social: a cautela procedimentalista frente às pretensões substancialistas

Ainda acerca da discussão sobre o “papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo”³³, notadamente da legitimidade dos discursos materialistas-substancialistas, surge uma questão ainda mais relevante — ao menos na perspectiva deste estudo — que transcende o plano da operacionalidade da hermenêutica.

Ferrenho defensor das teses substancialistas, Lênio Streck afirma que o discurso procedimentalista, tal como proposto por Habermas, não é aplicável a países de modernidade tardia. Transcreva-se, pois, a seguinte passagem de Verdade e Consenso:

Alinho-me, pois, aos defensores das teorias materiais-substancialistas da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democráticos da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito.

[...] Assim entendo como difícil sustentar as teses processuais-procedimentais em países como o Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida, passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição. Dito de outro modo: parece muito pouco – mormente se levarmos em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil – destinar

³² STRECK, Lênio. Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 85

³³ Ibidem, p. 80.

ao Poder Judiciário tão somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental.³⁴

Com efeito, os substancialistas partem do pressuposto de que em um país como o Brasil — em que nem mesmo os direitos de primeira geração são cumpridos, ou seja, um país em que a ordem constitucional anda a passos largos da facticidade —, as teorias processuais-procedimentais servem, antes, para limitar o poder existente e a implementação dos direitos fundamentais³⁵, do que, propriamente, para garantir uma ordem democrática. Nesse sentido, Streck ataca:

Tais fatores – entre tantos outros que serão assinalados na sequência desta obra – denotam certo distanciamento das teses procedimentalistas da realidade de países periféricos como o Brasil. Por sua especificidade formal, longe estão de estabelecer as condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, em que a primazia (ainda) é a de proceder a inclusão social (afinal, existem mais de trinta milhões de pessoas vivendo na miséria, ao mesmo tempo em que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa erradicar a miséria e a desigualdade...) e o resgate das promessas da modernidade, exsurgente da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte.³⁶ (grifo nosso)

No entanto, deve ser rechaçada a ideia de que o procedimentalismo habermasiano é antagônico à concretização de direitos subjetivos. Parece-nos que o filósofo alemão pretende, sobretudo, fazer uma ponderação — espécie de juízo de cautela — frente às pretensões impulsivas e irrefletidas de concretização de direitos sociais-fundamentais.

Nas palavras de Álvaro Ricardo Souza Cruz, “o procedimentalismo no Brasil não se furta aos problemas da necessária inclusão social. Contudo enxerga

³⁴ STRECK, Lênio. Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81-83.

³⁵ STRECK, Lênio. Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82.

³⁶ Ibidem, p. 86.

um caminho mais democrático, apesar de menos sedutor”³⁷. Daí a incongruência da tese de Streck sobre a inaplicabilidade do procedimentalismo no Brasil: os países de modernidade tardia também precisam buscar a sua autonomia.

Não se pode perder de vista, ademais, que o “garantismo” implica na hegemonização do Poder Judiciário e isso gera um custo alto para sociedade, pois retira a sua necessária autonomia deliberativa. Sendo assim, cada provimento judicial concedido ilegítimamente, sem uma fundamentação válida, passa para as pessoas uma sensação ilusória de controle, o que, gradativamente, faz atrofiar o espírito de solidariedade social.

Assim também, o critério deliberativo democrático pós giro hermenêutico lingüístico não pode ser concebido de forma heterônoma, através de provimentos aleatórios do Poder Judiciário e, ainda, sem o necessário controle de validade. Ora, uma sociedade com pretensões de desenvolvimento e civilidade deve, antes de tudo, medir seus passos.

Portanto, os estímulos para construção de uma concepção substancial de democracia devem partir da própria sociedade e, principalmente, devem ser exigidos do poder público como um todo, e não só do Judiciário. Nesse sentido, Souza Cruz complementa:

[A corrente procedimentalista] critica o comunitarismo que pretende ver o Judiciário como tutor ou superego de forma a guiá-la no caminho da inclusão social dos menos favorecidos. Mesmo um desvalido conhece e deve opinar qual o melhor meio para ampará-lo. A autonomia do indivíduo não pode jamais ser esquecida, pois sem ela a soberania política estará sempre viciada.

[...] As dificuldades são grandes. Necessário é que se peça à esfera pública jurídica nacional uma ação. Cabe o pedido, em especial, diante ao Judiciário, mas uma ação limitada pelo discurso normativo de aplicação. É, pois, um convite menos romântico/charmoso do que aquele da “Jurisprudência de Valores”. Mas, apesar do

³⁷ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 266

gosto ruim, não é um veneno para a democracia, tal como a proposta comunitarista.³⁸

Finalmente — e aqui o ponto nodal da crítica procedimentalista —, nas palavras de Habermas, para evitar que esse poder ilegítimo se torne um poder independente e coloque em risco a liberdade do povo “não temos outra coisa a não ser uma esfera pública desconfiada, móvel, desperta e inconformada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste nas condições da gênese do direito legítimo”.³⁹ (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, Marcelo Cattoni considera que o direito democraticamente produzido “é um dos meios de integração social, que pode controlar os riscos de dissenso [...], a um só tempo, produzindo legitimidade, de tal forma que os destinatários das normas jurídicas sejam os seus co-autores”.⁴⁰

O projeto hermenêutico de realização de direitos sociais-fundamentais, no que tange ao funcionamento da sociedade, não pode ser exclusivo do Estado, entregue aos caprichos e limitações do poder público. Na realidade, o Estado deve ser visto como um ente que proporciona às pessoas condições organização e desenvolvimento, contudo, obediente às convenções democráticas.

É esse, portanto, o mote procedimentalista: preservar a dimensão de emancipação da sociedade, aceitando um sentido comunitário de construção de consensos e estimulando as pessoas a atuarem de forma participativa e responsável na construção de uma democracia efetiva.

³⁸ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 265-266.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003, p. 195.

⁴⁰ CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 183.

CONCLUSÃO

Partindo-se de um estudo preliminar sobre algumas correntes teóricas que, ao longo da história, trataram da interpretação como referencial para a concretização do Direito, é possível verificar que o debate travado entre Gadamer e Habermas se operou em maior grau de profundidade, pois envolveu temas filosóficos essenciais, tais como a razão, a linguagem e a compreensão.

Fruto desses paradigmas filosóficos trazidos, sobretudo, pelos dois filósofos alemães, o embate entre a tese substancialistas e procedimentalista é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição democrática nos dias atuais. Quanto a isso não há dúvidas.

Na perspectiva substancialista, a atividade interpretativa e construtiva de sentidos, construída a partir da hermenêutica filosófica gadameriana, prescinde da inserção do intérprete no ambiente social em que ele vive. Sendo assim, o juiz deve interpretar e realizar o Direito levando em conta as necessidades da sociedade e cumprindo a ordem dada pela tradição.

À primeira vista, esse discurso é sedutor e, de fato, promove questionamentos sobre qual deve ser o papel exercido pela jurisdição constitucional brasileira. A ideia é, pois, instituir uma jurisdição ativa, preocupada em concretizar os direitos sociais- fundamentais, de modo a suprir as insuficiências dos Poderes Legislativo e Executivo.

Parece-nos, no entanto, que as pretensões substancialistas não atendem ao seu objetivo final de construir uma democracia efetiva. Primeiro, porque admitem um poder ilegítimo e heterônomo, portanto, desvinculado de um direito democraticamente produzido. Segundo, porque colocam em risco a liberdade do povo e a sua soberania política, transmitindo à sociedade uma sensação ilusória de controle.

Assim também, não se pode dizer que o modelo substancialista é a solução para os problemas de países de modernidade tardia, como o Brasil, onde

a facticidade não acompanha a ordem constitucional e os direitos sociais-fundamentais simplesmente não são concretizados.

Ora, os países em desenvolvimento, muito mais do que os desenvolvidos, precisam buscar critérios deliberativo efetivos, sempre através da via democrática, para que a nação se desenvolva de uma forma consistente, elevando o sentimento de solidariedade social — que, parece-nos, é um dos principais propulsores de uma sociedade autônoma —, onde as pessoas participam de uma vida ativa e responsável, em um sentido comunitário de construção de consensos.

É nesse sentido que a corrente procedimentalista apresenta uma proposta de construção de uma sociedade emancipada.

Não nos parece razoável que o povo brasileiro entregue todo seu poder deliberativo ao Estado e fique refém de políticas públicas. Do mesmo modo, não se pode aceitar que o Poder Judiciário intervenha indistintamente na sociedade, de forma autônoma e ilegítima, retirando o sentimento de autonomia das pessoas.

Sob uma ótica simplista, porém válida para ilustrar o raciocínio, o Estado é apenas um ente abstrato, constituído e operado por indivíduos, que apresenta um modelo organizacional e confere condições imprescindíveis para a sociedade se desenvolver. Sendo assim, os direitos subjetivos devem, antes, emanar de um sentimento coletivo — que atinja os agentes públicos, inclusive —, ao invés de sempre dependerem de uma interferência estatal, como se sujeitassem a um reconhecimento prévio.

Não se trata, portanto, de uma proposta metafísica, que prevê uma solução impossível para problemas indissolúveis. De fato, o procedimentalismo é um instrumento de controle democrático, indispensável para o progresso social.

Importa advertir, finalmente, que a crítica procedimentalista ao modelo substancialista é, antes, uma ponderação do que, propriamente, uma aversão. Do mesmo modo que Habermas reconhece a importância da hermenêutica filosófica gadameriana e adere a muitas de suas premissas, o procedimentalismo não abandona a missão de concretização de direitos fundamentais, mas apenas busca uma jurisdição democrática efetiva, através de procedimentos democráticos efetivos.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. Acerca da Doutrina Cristã. In: Textos de Hermenêutica. Org. Rui Magalhães. Tradução: José Andrade. Porto: Rés Editora, 1984.

ARAGÃO, Lucia. Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

BITTAR, Eduardo. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: Hermenêutica Plural. Orgs. Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Metodologia jurídica. Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editores, 1993.

CATTONI, Marcelo. Devido Processo Legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
COSTA, Dilvanir. Curso de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1977.
DILTHEY, Wilhelm. Origens da hermenêutica. In: Textos de Hermenêutica. Org. Rui Magalhães. Trad. Alberto Reis e José Andrade. Porto: Rés Editora, 1984.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. Hermenêutica. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERREIRA, Nazaré. Da interpretação à hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

_____, Hans-Georg. Verdade e Método. Complementos e índice. Trad. Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

_____, Hans-Georg. Hermenêutica em Perspectiva. Trad.: Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

GRUNWALD, Astried Brettas. Uma visão hermenêutica comprometida com a Justiça. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4351/uma-visao-hermeneutica-comprometida-com-a-justica>>.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. Volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997.

_____, Jürgen. Dialética e hermenêutica. Para crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. 5.ed. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1995, Parte I.

INWOOD, Michael. Hermenêutica. Crítica Revista de Filosofia. 2007. Disponível em: <<http://criticanarede.com/hermeneutica.html>>.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução: José Lamego. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Hermes. Novos métodos de interpretação do direito: a revelação científica do direito. 26. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SIMON, Henrique Smidt. Constitucionalismo e abertura constitucional: o debate Habermas- Gadamer e as limitações da tradição como modelo para pensar o direito. Revista Direito Estado e Sociedade n. 36. (PUC-RJ).

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: Del Rey.

STIELTJES, Claudio. Jürgen Habermas. A Desconstituição de uma teoria. Germinal Editora, 2001.

STRECK, Lênio. Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Lênio. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TESTA, Edimarcio. Hermenêutica Filosófica e História. Passo Fundo: Editora UFP, 2004. ZABATIERO, Júlio. Teologia inovadora no século XXI. 2010. Disponível em: <<http://www.novosdialogos.com/artigo.asp?id=141>>.

ISBN 978-85-61990-20-6



9 788561 990206